

Die vermögensrechtliche Stellung des Kommanditärs

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Mirella Buxbaum Caroni

von Baden AG

1907

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Die vermögensrechtliche Stellung des Kommanditärs

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Mirella Buxbaum Caroni

von Baden AG

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 18. Februar 1987

Der Dekan:

Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 95 der Reihe

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1987
ISBN 3 7255 2557 9

Druck: Huber Druck AG, Entlebuch

Meiner Familie
und
dem Andenken
meines Vaters
gewidmet



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Allen denjenigen, die mich während der Zeit der Entstehung dieser Arbeit unterstützt haben, möchte ich an dieser Stelle meinen herzlichen Dank aussprechen.

Insbesondere danke ich Herrn Professor Peter Forstmoser für die prompte, einfühlsame und fruchtbare Besprechung des Dissertationsthemas an sich, sowie für den grossen – zeitlichen und sachlichen – Freiraum bei der eigentlichen Bearbeitung desselben.

Dank schulde ich des weiteren Herrn Ernst Reutimann für die förderlichen Diskussionen im Zusammenhang mit den buchhalterischen Problemen, meinem Mann für die zahlreichen Gespräche und nützlichen Hinweise grundsätzlich wissenschaftlicher Natur, Herrn Kollegen Dr. Bernhard Schaub für die kritische Durchsicht der Arbeit in materieller, meiner Freundin Claudia Roeder-Guanella für die Durchsicht in formeller Hinsicht, meiner Mutter, meinem Sohn und meinen Töchtern für die zahlreichen Hilfeleistungen verschiedenster Art, beziehungsweise meiner Familie ganz allgemein für die verständnisvolle Begleitung.

Ein besonderer Dank geht schliesslich an Frau Gerlinde Colombo, welche die Schreibearbeit mit zähem Einsatz und unerschütterlicher Geduld zu einem erfolgreichen Ende gebracht hat.

Baden, Ende August 1986

Mirella Buxbaum Caroni

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXV
Einleitung	1
1. Teil Die vermögensrechtliche Stellung des Kommanditärs im Innenverhältnis	3
1. Kapitel Vermögensrechtliche Pflichten des Kommanditärs	5
§ 1 Beitragspflicht	6
2. Kapitel Vermögensrechtliche Ansprüche des Kommanditärs	55
A Ansprüche während verbender Gesellschaft	55
§ 2 Anspruch auf Gewinn	55
§ 3 Anspruch auf Zinsen	100
§ 4 Anspruch auf Honorar	128
B Ansprüche nach Eintreten eines Auflösungsgrundes	135
§ 5 Ansprüche bei Liquidation der Gesellschaft	135
§ 6 Ansprüche im Konkurs der Gesellschaft	146
C Ansprüche bei Ausscheiden des Kommanditärs	152
§ 7 Abfindungsanspruch des Kommanditärs bei ersatzlosem Ausscheiden zu Lebzeiten	152
§ 8 Abfindungsanspruch der Erben bei Ausscheiden des Kommanditärs durch Tod	176
3. Kapitel Verlusttragung durch den Kommanditär	183
§ 9 Verlusttragung während verbender Gesellschaft	183
§ 10 Verlusttragung bei Beendigung der Mitgliedschaft zufolge Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden des Kommanditärs	203

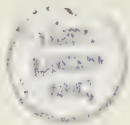
2. Teil	Die vermögensrechtliche Stellung des Kommanditärs im Aussenverhältnis	215
4. Kapitel	Haftung des Kommanditärs	217
§ 11	Regel: Beschränkte Haftung des Kommanditärs	217
§ 12	Ausnahme: Unbeschränkte Haftung des Kommanditärs	347
§ 13	Haftung des Kommanditärs als Solidarbürge (Anhang)	367
Schlusswort/Vorschläge de lege ferenda		374

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXV
Einleitung	1
1. Teil Die vermögensrechtliche Stellung des Kommanditärs im Innenverhältnis	3
1. Kapitel Vermögensrechtliche Pflichten des Kommanditärs	5
§ 1 Beitragspflicht	6
I. Definition und Rechtsnatur des Beitrags	6
II. Terminologisches: Kommanditeinlage/ Kommanditsumme	7
III. Umfang der Beitragspflicht	13
1. Gesellschaftsvertrag	13
2. Gesetz	17
3. Buchhalterische Behandlung der Kommanditeinlage/ Kapitalanteil – Vermögensanteil	20
IV. Arten des Beitrages	23
1. Allgemeines	23
2. Sacheinlagen des Kommanditärs	25
2.1 Eintragungspflicht (Art. 596 III OR)	26
2.2 Gegenstand der Sacheinlagen	36
V. Erfüllung bzw. Nichterfüllung der Beitragspflicht	40
1. Allgemeines	40
2. Erfüllung	42
3. Verzug und Nichterfüllung	43
VI. Geltendmachung der Beitragspflicht	44
1. Aktivlegitimation während werbender Gesellschaft	44
1.1 Allgemeines	44
1.2 Legitimation der Gesellschaft: Gesamthandsklage	45

1.3	Legitimation der Mitgesellschafter: actio pro socio	45
1.4	Verhältnis der beiden Klagen zueinander	47
2.	Aktivlegitimation nach Auflösung der Gesellschaft	48
2.1	Legitimation der Liquidatoren ?	48
2.2	Legitimation der Konkursverwaltung ?	51
2.3	Legitimation der Mitgesellschafter ?	53
2. Kapitel	Vermögensrechtliche Ansprüche des Kommanditärs	55
A	Ansprüche während verbender Gesellschaft	55
§ 2	Anspruch auf Gewinn	55
I.	Allgemeines	55
II.	Definition des Gewinns	56
III.	Berechnungsgrundlage	56
IV.	Gewinnbeteiligung/Rechtsgrundlagen	58
1.	Gesellschaftsvertrag	58
2.	Gesetz	60
2.1	Art. 533 II OR	60
2.2	Art. 601 II OR	61
V.	Verwirklichung des Gewinnanspruchs	64
1.	Bezug des Gewinnanteils	64
1.1	Allgemeines/Gesellschaftsvertrag	64
1.2	Gesetzliche Beschränkung des Bezugsrechts für den Komplementär: Art. 560 I OR	65
1.3	Gesetzliche Beschränkung des Bezugsrechts für den Kommanditär	66
1.3.1	Abstützung auf Art. 601 III OR ?	68
1.3.2	Abstützung auf Art. 611 I OR	74
1.3.3	Folgen der Abweichung von der gesetzlichen Bezugsbeschränkung	89
1.4	Fälligkeit/Vorbezüge	91
1.5	Geltendmachung des Gewinnanspruchs	92
2.	Äufnung des Kapitalanteils durch Stehenlassen der Gewinnanteile/Grenzen	93

		XI
§ 3	Anspruch auf Zinsen	100
I.	Definition des Zinses	100
II.	Grundsätzlicher Zinsanspruch des Kommanditärs/ Rechtsgrundlagen	101
1.	Gesellschaftsvertrag	101
2.	Gesetz	101
III.	Berechnungsgrundlage	109
IV.	Verwirklichung des Zinsanspruchs	112
1.	Bezug der Zinsen	112
1.1	Allgemeines/Gesellschaftsvertrag	112
1.2	Keine gesetzliche Grenze des Bezugsrechts für den Komplementär: Art. 560 I OR	113
1.3	Gesetzliche Bezugsbeschränkung für den Kommanditär: Art. 611 I OR	114
1.4	Fälligkeit/Vorbezüge	124
1.5	Geltendmachung des Zinsanspruchs	125
2.	Äufnung des Kapitalanteils durch Stehenlassen der Zinsbetreffnisse/Grenzen	126
§ 4	Anspruch auf Honorar	128
I.	Definition des Honorars	128
II.	Rechtsgrundlage	129
III.	Verwirklichung des Honoraranspruchs	130
1.	Bezug des Honorars	130
1.1	Grenzen des Bezugsrechts ?	130
1.2	Fälligkeit/Vorbezüge	132
1.3	Geltendmachung des Honoraranspruchs	133
2.	Äufnung des Kapitalanteils durch Stehenlassen des Honorars/Grenzen	133
B	Ansprüche nach Eintreten eines Auflösungsgrundes	135
§ 5	Ansprüche bei Liquidation der Gesellschaft	135
I.	Allgemeines	135



XII		
II.	Ansprüche während der Liquidationszeit	137
1.	Anspruch auf Abschlagsverteilungen	137
2.	Anspruch auf Liquidationszinsen	139
III.	Ansprüche nach Durchführung der Liquidation	140
1.	Anspruch auf Rückerstattung des Kapitalanteils	140
2.	Anspruch auf Verteilung des Liquidationsüberschusses	142
IV.	Geltendmachung der Ansprüche aus Liquidation/ Interner Saldenausgleich	143
§ 6	Ansprüche im Konkurs der Gesellschaft	146
I.	Allgemeines	146
II.	Individualrechtliche Ansprüche	146
III.	Sozialrechtliche Ansprüche	147
IV.	Anspruch auf Rückerstattung der überschüssenden Kommanditeinlage?	148
C	Ansprüche bei Ausscheiden des Kommanditärs	152
§ 7	Abfindungsanspruch des Kommanditärs bei ersatzlosem Ausscheiden zu Lebzeiten	152
I.	Allgemeines/Definitionen	152
II.	Ausscheidensgründe als Voraussetzung des Abfindungsanspruchs	154
1.	Kündigung der Mitgliedschaft durch den Kommanditär	154
2.	Ausschliessung des Kommanditärs	156
III.	Rechtsnatur des Abfindungsanspruchs	157
1.	Gesellschaftsrechtliche Natur des Abfindungsanspruchs	158
2.	Schuldrechtliche Natur des Abfindungsanspruchs	160
IV.	Umfang des Abfindungsanspruchs/ Berechnungsgrundlagen	161
1.	Vertragliche Ordnung und deren Grenzen	161
2.	Gesetzliche Regelung	165

2.1	Allgemeines	165
2.2	Bewertung des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt des Ausscheidens	166
2.3	Anteil des Kommanditärs am Gesellschaftsvermögen	169
2.3.1	Objektiver Umfang	169
2.3.2	Subjektiver Umfang: Berücksichtigung des Verschuldens	171
V.	Fälligkeit des Abfindungsanspruchs	172
VI.	Geltendmachung des Abfindungsanspruchs	174
§ 8	Abfindungsanspruch der Erben bei Ausscheiden des Kommanditärs durch Tod	176
I.	Allgemeines	176
II.	Gesetzlicher Abfindungsanspruch der Kommanditärerben	177
III.	Vertragliche Regelung des Abfindungsanspruchs/ Grenzen	181
IV.	Fälligkeit/Geltendmachung des Abfindungsanspruchs der Erben	182
3. Kapitel	Verlusttragung durch den Kommanditär	183
§ 9	Verlusttragung während verbender Gesellschaft	183
I.	Allgemeines	183
II.	Definition des Verlustes	184
III.	Berechnungsgrundlagen	185
IV.	Umfang der Verlusttragungspflicht: Anteil am Verlust	185
1.	Gesellschaftsvertrag	186
2.	Gesetz	193
2.1	Art. 533 II OR	193
2.2	Art. 601 II OR	193
2.3	Begrenzung des richterlichen Ermessens durch Art. 601 I OR?	194

V.	Verwirklichung der Verlusttragung	196
1.	Allgemeines	196
2.	Negativer Kapitalanteil des Kommanditärs	196
§ 10	Verlusttragung bei Beendigung der Mitgliedschaft zufolge Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden des Kommanditärs	203
I.	Umfang der Verlusttragung: Anteil am Verlust	203
II.	Verwirklichung der endgültigen Verlusttragung	204
1.	Begrenzung auf die vereinbarte Kommanditeinlage (Art. 601 I OR)	204
2.	Auswirkung endgültig negativer Kapitalanteile insbesondere	210
2. Teil	Die vermögensrechtliche Stellung des Kommanditärs im Aussenverhältnis	215
4. Kapitel	Haftung des Kommanditärs	217
§ 11	Regel: Beschränkte Haftung des Kommanditärs	217
I.	Zum Begriff der Haftung im Gesellschaftsrecht	217
II.	Allgemeines zur beschränkten Haftung	217
III.	Gegenstand der Haftung	219
IV.	Inhalt der Haftungsschuld	221
V.	Art der Haftung	222
1.	Subsidiarität der Haftung	223
2.	Persönliche Natur der Haftung	228
3.	Solidarität der Haftung	229
4.	Akzessorietät der Haftung	233
VI.	Ausmass der Haftung in materieller Hinsicht	235
1.	Beschränkung auf die Kommanditsumme	235
2.	Massgebende Höhe der Kommanditsumme	237
3.	Nachträgliche Veränderung der eingetragenen und publizierten Kommanditsumme	244

	3.1 Erhöhung der Kommanditsumme	244
	3.2 Herabsetzung der Kommanditsumme	245
VII.	Ausmass der Haftung in zeitlicher Hinsicht	249
1.	Beginn der Haftung	249
	1.1 Kommanditär als Gründungsmitglied	249
	1.2 Eintritt des Kommanditärs in eine bestehende Gesellschaft	250
2.	Ende der Haftung	253
	2.1 Ausscheiden des Kommanditärs	253
	2.1.1 Allgemeines	253
	2.1.2 Verjährung	254
	2.1.3 Enthftung und Entlassung aus der Haftung	259
	2.2 Übertragung der Mitgliedschaft unter Lebenden	262
	2.3 Übertragung der Mitgliedschaft von Todes wegen	262
	2.4 Auflösung der Gesellschaft	262
VIII.	Haftungsbefreiung des Kommanditärs	268
1.	Allgemeines	268
2.	Leistung der Einlage	270
3.	Sonstige haftungsbefreiende Leistungen	274
	3.1 Leistung der Einlage durch Stehenlassen von Zinsen, Gewinn und Honorar	274
	3.2 Freiwillige Begleichung von Gesellschaftsschulden ?	275
4.	Keine Rückerstattung der Einlage	278
	4.1 Allgemeines	278
	4.2 Bezug von Zinsen und Gewinn trotz bestehender oder drohender Verminderung des Kapitalanteils	285
	4.2.1 Grundsatz	285
	4.2.2 Umfang der auflebenden Haftung insbesondere	289
	4.2.3 Ausnahmen	300
	4.2.3.1 Bezug in gutem Glauben gestützt auf ordnungsmässige Bilanz	300
	4.2.3.2 Vollständige Befreiung von der Verlusttragung oder Schaffung eines Reservefonds	303

5.	Exkurs: Haftungsbefreiung bei Übertragung der Mitgliedschaft unter Lebenden insbesondere	304
5.1	Übergang der Mitgliedschaft unter Lebenden/ Problematik	305
5.2	Sogenannte «Übertragung der Kommandite»	309
5.3	Folgen der Übertragung der Mitgliedschaft im Aussenverhältnis	310
IX.	Geltendmachung der Haftung gegenüber dem Kommanditär	315
1.	Belangbarkeit des Kommanditärs	315
1.1	Allgemeines	315
1.2	Konkurs des Kommanditärs insbesondere	318
2.	Procedere der Geltendmachung	322
2.1	Klagelegitimation	322
2.2	Inhalt der Klage	327
2.3	Gerichtsstand (Hinweis)	330
2.4	Einreden des Kommanditärs	331
2.4.1	Der Gesellschaft zustehende Einreden	331
2.4.2	Einreden aus dem Gesellschaftsverhältnis	333
2.4.3	Persönliche Einreden des Kommanditärs	333
2.4.3.1	Einreden gegenüber der Gesamtgläubigerschaft	333
2.4.3.1.1	Allgemeines	333
2.4.3.1.2	Einrede der Haftungsbefreiung	334
2.4.3.1.3	Einrede der Verrechnung mit einer Forderung gegen die Gesellschaft	337
2.4.3.2	Einreden gegenüber einzelnen Gläubigern	340
2.4.3.2.1	Allgemeines	340
2.4.3.2.2	Einrede der Verrechnung	342
§ 12	Ausnahme: Unbeschränkte Haftung des Kommanditärs	347
I.	Allgemeines	347
II.	Fälle der unbeschränkten Haftung	348
1.	Art. 605 OR: Handlungen für die Gesellschaft	348
2.	Art. 606 OR: Mangelnder Eintrag	352
3.	Art. 607 OR: Name des Kommanditärs in der Firma	357

4.	Unbeschränkte Haftung des Kommanditärs bei atypischen Verhältnissen ?	360
III.	Auswirkungen der unbeschränkten Haftung des Kommanditärs	363
§ 13	Haftung des Kommanditärs als Solidarbürge (Anhang)	367
I.	Allgemeines	367
II.	Entstehung	368
III.	Auswirkungen/Unterschiede zur Gesellschafterhaftung	369
	Schlusswort/Vorschläge de lege ferenda	374

Abkürzungsverzeichnis

a) allgemeine Abkürzungen

A.	= Auflage
a.A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angeführten Orte
ADHGB	= Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch(1861)
a.E.	= am Ende
AG	= Aktiengesellschaft
a.M.	= anderer Meinung
Anm.	= Anmerkung
Art.	= Artikel
Bd.	= Band
Bem.	= Bemerkung
betr.	= betreffend
bzw.	= beziehungsweise
BB	= Bundesbeschluss
BBer.	= Der Betriebsberater (Heidelberg)
Bbl.	= Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BG	= Bundesgesetz
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundes- gerichts. Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGer.	= Bundesgericht
BGH(Z)	= Entscheide des Deutschen Bundesgerichtshofes (in Zivilsachen) (Detmold)
BJM	= Basler juristische Mitteilungen (Basel)
BlHE	= Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen (Zürich)
BV	= Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossen- schaft vom 29. Mai 1874
CCfr.	= Code Civil Français (1804)
CCit.	= Codice Civile Italiano (1942)
d.h.	= das heisst
DB	= Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirt- schaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht (Düsseldorf)

ders./dies.	= derselbe/dieselbe
Diss.	= Dissertation
dt.	= deutsch
DNotZ	= Deutsche Notar-Zeitschrift (München)
EJPD	= Eigenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Erw.	= Erwägung
etc.	= et cetera
ev.	= eventuell
ext.	= extern
f., ff.	= folgende
Fn.	= Fussnote
franz.	= französisch
GBV	= Verordnung betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910
gem.	= gemäss
gl.(A.)	= gleich(er Ansicht)
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	= Generalversammlung
HGB	= Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897
HGer.	= Handelsgericht
HReg.	= Handelsregister
HRegV	= Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937
i. B.	= im Bezug
i. c.	= in casu
i. e. S.	= im engen Sinne
i. G.	= im Gegensatz
inkl.	= inklusive
int.	= intern
IPR	= internationales Privatrecht
i. S.	= im Sinne
ital.	= italienisch
i. V.	= in Verbindung
i. w. S.	= im weiten Sinne
JT	= Journal des Tribunaux (Lausanne)
KG	= Kommanditgesellschaft
KollG	= Kollektivgesellschaft

KOV	= Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911
KS	= Kreisschreiben
lit.	= litera
m.a.W.	= mit anderen Worten
m.E.	= meines Erachtens
N.	= Note
nachst.	= nachstehend
n.F.	= neue Folge
NJW	= Neue juristische Wochenschrift (München/Berlin)
OGer.	= Obergericht
OHG	= Offene Handelsgesellschaft
OR	= Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
o.w.	= ohne weiteres
Pra.	= die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
Rep.	= Repertorio di Giurisprudenza Patria (Bellinzona)
revOR	= revidiertes OR (siehe oben), im Gegensatz zum aOR (vergleiche nachstehend unter litera b, Materialien)
RG(Z)	= Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts (in Zivilsachen) (Leipzig 1880-1944)
S.	= Seite
s.	= siehe
s.a.	= siehe auch
SAG	= Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
SchKG	= Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
s.E.	= seines Erachtens
Sem.jud.	= Semaine judiciaire (Genève)
SHAB	= Schweizerisches Handelsamtsblatt (Bern)
SJK	= Schweizerische juristische Kartothek (Genf)
SJZ	= Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich) (zit. nach Band und Seitenzahl, allenfalls Nummer des Entscheids in Klammer)
Sp.	= Spalte
SSHW	= Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)

StGB	= Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. August 1937
u. a.	= unter anderem
u.ä. (m.)	= und ähnliches (mehr)
usw.	= und so weiter
u. U.	= unter Umständen
Verf.	= Verfasserin
vgl.	= vergleiche
Vorbem.	= Vorbemerkung(en)
vorst.	= vorstehend
z. B.	= zum Beispiel
Zbl.	= Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZBGR	= Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	= Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBR	= Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft (Zürich), ab Herbst 1977 = Zürcher Studien
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Heidelberg), ab 1962 = Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZPO	= Zivilprozessordnung
ZR	= Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	= Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
z. T.	= zum Teil

Teilweise wurde bei kantonalen Entscheidungen die Provenienz angegeben; die Abkürzungen der Kantonsnamen wurden dabei als bekannt vorausgesetzt.

b) Abkürzungen für verwendete Materialien

aOR	= Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat (Juni) 1881, in Kraft ab 1. Januar 1883
Ber. I	= Bericht zum Entwurf I von E. Huber, März 1920

Ber. II	= Bericht zum Entwurf II von A. Hoffmann, Dezember 1923
Botsch. (1928)	= Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Schweizerischen Obligationenrechts, vom 21. Februar 1928
E I	= Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, vom Dezember 1919
E II	= Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, vom Dezember 1923
E III	= Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, vom Februar 1928
NR	= Nationalrat
ProtExpKomm.	= Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Schweizerischen Obligationenrechts, Bern 1926 (zu Entwurf II)
RedKomm.	= Redaktionskommission
StenBullNR	= Stenographisches Bulletin des Nationalrates
StenBullStR	= Stenographisches Bulletin des Ständerates
StR	= Ständerat

Einzelne weitere Materialzitate finden sich im Text, beziehungsweise in den Fussnoten.

Literaturverzeichnis

Die angegebenen Werke werden grundsätzlich mit dem Verfassernamen zitiert, auch wenn es sich nur um einzelne Aufsätze (z. B. aus Zeitschriften) handelt. Wurden mehrere Werke eines Autors verwendet oder sind verschiedene Autoren mit dem gleichen Namen zu unterscheiden, ist die gewählte Zitierweise in Klammer beigefügt. Gewisse weitere, nur gelegentlich verwendete Werke werden in den Fussnoten genau bezeichnet.

VON ARX K., Die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Diss. Zürich 1948.

BÄR R., Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, S. 131 ff.

– Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, Der bernische Notar 1978/410 ff. (*zit.* BÄR, Kognitionsbefugnisse).

BARELLA M., Durchbrechung der Haftungsbeschränkung des Kommanditisten, DB 1952/465.

BAUMANN J.-A., Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen nach Privat- und Steuerrecht, mit besonderer Berücksichtigung der kantonalen Steuerrechte von Zürich und Thurgau, Diss. Zürich 1972.

BAUMBACH A./DUDEN K., Handelsgesetzbuch, 23. A., München 1978.

BECKER H., Das Obligationenrecht, Berner Kommentar, Bd. VI/2: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934.

BEYERLE K., Der unbeschränkt haftende Kommanditist, in Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Berlin 1976.

BISCHOFF C.E., Die Haftung des Kommanditärs, Diss. Basel 1943.

BLUMENSTEIN E., Die Bedeutung des revidierten Handelsrechts für die Schuldbetreibung, ZBJV 73(1937)353 ff.

– Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911 (*zit.* BLUMENSTEIN, Handbuch).

BOHNENBERG H., Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, Berlin 1980.

BOLLMANN H., Das Ausscheiden aus Personengesellschaften, Diss. Zürich 1971.

BOSSARD E., Die kaufmännische Buchführung, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/6/3b, Zürich 1984.

- BOURQUIN R.C.A., Die Stellung der Privatgläubiger von Kollektiv- und Kommanditgesellschaftern, Diss. Zürich 1955.
- BREITENBACH L., Die Haftung des ausgeschiedenen Kollektivgesellschafters für die Schulden der Gesellschaft, Diss. Freiburg 1944.
- BUCHER E., Organschaft, Prokura, Stellvertretung, in Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W.F.BÜRGI, Zürich 1971, S. 39 ff.
- BUCHER O., Der Konkurs der Kommanditgesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1926 (*zit.* O.BUCHER).
- BÜHLER R., Der Geschäftsübernahmeartikel in den Statuten der AG, Der Schweizer Treuhänder 12/82, 1 ff.
- BÜRGI O.M., Die Anwendung der exceptio non adimpleti contractus, SJZ 57(1961)334 ff.
- BÜRGIN P., Die Exekution in das Gesamthandvermögen einer einfachen Gesellschaft, ZSR n.F. 58(1939)89 ff.
- CHRIST B., Das Kontrollrecht des Kommanditärs, in Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Basel 1973, S. 39 ff.
- DONNER G., Kommanditistenhaftung bei Neueintritt oder Wechsel des Kommanditisten, DNotZ 1943/288 ff.
- DORSCHIED P., Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters aus der personalistischen Kapitalgesellschaft, Diss. Genf 1984.
- ECKERT M., Rechtsfolgen des Kommanditistenwechsels (unter Berücksichtigung des Urteils des BGH vom 29. Juni 1981), ZHR 147 (1983)565 ff.
- EGGER A., Die rechtliche Natur der stillen Beteiligung an einem Unternehmen, in Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, 2. Bd., Beiträge zum Privat- und Handelsrecht, Zürich 1957, S. 197 ff. (*zit.* EGGER, Stille Beteiligung).
- EHRSAM P., Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, Diss. Lausanne 1943.
- ELSING S., Erweiterte Kommanditistenhaftung und atypische Kommanditgesellschaft, in Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd. 26, Berlin 1977.
- FELIX G., Haftsumme der Kommanditisten und Sacheinlage, NJW 1973/491 f.
- FICK F., Das Schweizerische Obligationenrecht, Bd. II, 1.A. (= 4.A. des Kommentars von H.FICK), Zürich 1915.
- Die Handelsgesellschaften ohne Persönlichkeit, SJZ 17(1920/21)21 ff. (*zit.* FICK, Handelsgesellschaften).
- FLACHSMANN J., Die Abtretung der Rechtsansprüche durch die Konkursmasse nach Art. 260 des schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, Diss. Zürich 1927.

- FOLLIET E., Société en commandite simple, prélèvement par le commanditaire des intérêts et bénéfices, Sem.jud. 72(1950)81 ff.
- FORSTMOSER P., Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I/1, Grundlagen, Gründung und Aenderungen des Grundkapitals, Zürich 1981.
- Atypische und widerrechtliche Genossenschaften und Vereine sowie ihre registerrechtliche Behandlung, SAG 55(1983)142 ff. (*zit.* FORSTMOSER, Atypische Genossenschaften und Vereine).
 - Der Generationenwechsel – Erfahrungen aus der Praxis, in Der Generationenwechsel im Familienunternehmen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 67/111 ff., Zürich 1982. (*zit.* FORSTMOSER, Generationenwechsel).
 - Der mittelbare Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht und seine Geltendmachung im Konkurs, SAG 58(1986)69 (*zit.* FORSTMOSER, Verantwortlichkeitsrecht).
- FORSTMOSER P./MEIER-HAYOZ A., Einführung in das Schweizerische Aktienrecht, 2./3. A., Bern 1980/83.
- FRITZE U., Zur Haftung des Kommanditisten für Gesellschaftsschulden, NJW 1956/975 ff.
- FRITZSCHE H., Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 2. A., Zürich 1975.
- FUNK F., Kommentar des Obligationenrechts, Bd. 2, 1. Teil, Aarau 1951.
- FURRER R., Die Haftung des Kommanditisten im Vergleich mit der Haftung des Komplementärs auf Grundlage des französischen, schweizerischen und deutschen Handelsrechts, Diss. Bern 1902.
- GAMP L./WERNER H.S., Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters einer Personengesellschaft für Darlehen aufgrund von Kreditzusagen, ZHR 147(1983)1 ff.
- GANSSMÜLLER H., Der Gewinnanteil der Gesellschafter von Handelspersonengesellschaften und seine rechtliche Bedeutung, DB 1967/2103 ff.
- GAUCH P., Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, SAG 48(1976)139 ff.
- GAUCH P./AEPLI V./CASANOVA H., Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, Zürich 1986 (*zit.* GAUCH, Rechtsprechung).
- GLOOR M.O., Der Treuegedanke im Recht der Handelsgesellschaften, Diss. Zürich 1943.
- GRAF P., Das Darlehen mit Gewinnbeteiligung oder das partiarische Darlehen, besonders seine Abgrenzung von der Gesellschaft, Diss. Zürich 1951.

VON GRAFFENRIED D., Übertragbarkeit und Handelbarkeit von Gesellschaftsanteilen, Diss. Bern 1981.

VON GREYERZ Ch., Die Unternehmensnachfolge in den einzelnen Personengesellschaften, in Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 1972, S. 69 ff.

– Die Aktiengesellschaft, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel 1982. (zit. VON GREYERZ, SPR).

GUHL Th., Die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts, I. Teil: Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, ZBJV 62(1925)97 ff. (zit. GUHL, Ergebnisse der Beratungen).

– Gesamthandsverhältnisse und ihre grundbuchliche Behandlung, ZBJV 53(1917)1 ff., 49 ff. (zit. GUHL, Gesamthandsverhältnisse).

– Kommanditgesellschaft, Juristische Karten Nr. 756-760, Genf/Bern 1942 (zit. GUHL, Juristische Karte Nr. ..).

GUHL Th./MERZ H./KUMMER M., Das Schweizerische Obligationenrecht, 6.A., Zürich 1971,

7.A., Zürich 1980 (ohne spezielle Angabe im Text bezieht sich die Seitenzahl auf die 7.A.).

GULDENER M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A., Zürich 1979.

GURSKY K.-H., Risikokumulation für den Kommanditisten mit Sacheinlagepflicht? DB 1978/1261 ff.

GYSIN A., Bemerkungen zur Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz, in Festgabe für C. WIELAND, Basel 1934, S. 179 ff.

HAAB R., Einleitung und Allgemeiner Überblick über die Revision, in Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht, Basel 1937.

HALBHEER H.J., Die Haftung der Personengesellschaft aus unerlaubter Handlung ihrer Mitglieder (insbesondere nach Art. 567 III OR), Diss. Zürich 1956.

HARTMANN W., Die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VII/1, Bern 1943.

HARTSCH W., Die Rechte der Gläubiger an einer Gemeinschaft in der ihr Schuldner steht, Diss. Bern.

HÄSEMAYER L., Kommanditistenhaftung und Insolvenzrecht, ZHR 149(1985)42 ff.

HAUSHEER H., Erbrechtliche Probleme des Unternehmers (gekürzte Fassung der Habilitationsschrift), Bern 1970.

- Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, ZBJV 105(1969)129 ff. (*zit.* HAUSHEER, Gesellschaftsvertrag).
- HAUSHERR P., Die Übernahme mit Aktiven und Passiven durch einen Kollektivgesellschafter unter Ausscheidung der übrigen Gesellschafter, Diss. Zürich 1928.
- HELD P., Die Fortsetzung der Kollektivgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, ZBJV 76(1940)417 ff.
- HEMMELE A., Die faktische Gesellschaft im Schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1962.
- HIS E., Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, OR, Bd. VII/3a, Bern 1940.
- HUMMLER F., Die Gesellschaft mit veränderlichem Kapital (*société à capital variable*) im französischen und im schweizerischen Recht, Herisau 1926.
- HIRSCH A., L'ambiguïté de la commandite, in Festgabe für Max KUMMER, Bern 1980, S.161 ff.
- HÖNN G., Dauer- und sonstige Schuldverhältnisse als Problem der Haftung ausgeschiedener Gesellschafter unter Berücksichtigung des Gläubigerschutzes, ZHR 149(1985)300 ff.
- HUBER H., Die Erhebung von Handänderungsgebühren und Handänderungssteuern bei Änderungen im Gesellschafterbestand von Personengesellschaften, ZBGR 34(1953)241 ff. (*zit.* H.HUBER, Handänderungsgebühren).
- HUBER U., Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Habilitationsschrift, Heidelberg 1970 (*zit.* U.HUBER).
- HUECK G., Gesellschaftsrecht, 18.A., München 1983.
- JAEGER C., Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 1. Abteilung, Zürich 1900, 2. Abteilung, Zürich 1911.
- JAEGER C./DAENIKER M., Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911 bis 1945, I. Bd., Zürich 1947.
- JAQUEROD L.E./VON STEIGER F., Eintragungsmuster für das Handelsregister mit Erläuterungen, Zürich 1943.
- JOB H., Ansprüche unter Kollektivgesellschaftern, Diss. Zürich 1952.
- KAUFMANN O.K., Die Haftungsverhältnisse der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Zürich 1940.
- KEUK B., Die Haftung des Kommanditisten für die Schulden der Gesellschaft, ZHR 1971/410 ff.

- KIAMROTH S., Erweitertes Haftungsrisiko der Kommanditisten in der GmbH & CoKG, BBer. 1972/428 ff.
- KLAUSS H./MITTELBACH R., Die Kommanditgesellschaft, 4. A., Ludwigshafen (Rhein) 1984.
- KNÖCHLEIN G., Das negative Kapitalkonto in der Auseinandersetzung von Personalhandelsgesellschaften, DNotZ 1961/361 ff.
- KOLLER A., Grundfragen einer Typuslehre in Gesellschaftsrecht, in Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg/CH, 1967.
- KONIEZKO E.-M., Zur Haftung des Kommanditisten, in Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Bd. 224, Frankfurt a.M. 1979.
- KORMANN B., Das negative Kapitalkonto, BBer. 1974/II 893 f.
- KORNBLUM U., Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, Frankfurt a.M. 1972.
- KRAMER M., Die Auseinandersetzung der Gesamthandgemeinschaften im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1943.
- KUHN H., Die Einführung des neuen Handelsrechts, SJZ 34(1937/38)225 ff.
- LARDELLI A., Beiträge zum Bürgschaftsrecht, SJZ 26(1929)93 ff.
- LEHMANN H., Die Enthftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen, OHG 79(1916)57 ff.
- LEHMANN H./DIETZ R., Gesellschaftsrecht, Berlin und Frankfurt a.M., 3. A., 1970.
- LEMBERGER W., Die Bewertung des Anteils an einer Personalgesellschaft im schweizerischen und deutschen Erbrecht, Diss. Zürich 1973.
- LEVEN K., Zur persönlichen Haftung des Kommanditisten im Gesellschaftskonkurs, Diss. Köln 1966.
- LIVER P., Gemeinschaftliches Eigentum, ZBJV 100(1964)261 ff.
- LUDWIG P., Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), insbesondere seine Durchführung gemäss Art. 316a ff. SCHKG, Diss. Bern 1970.
- LUTTER M./HOMMELHOFF P., Das Unternehmens- und Gesellschaftsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, SAG 52(1980)38 ff.
- MANGOLD Th., Die Verjährung der Haftung des Kollektivgesellschafters, Diss. Zürich 1947.
- MAYER E., Die Nachschusspflicht im Schweizerischen Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, Diss. Zürich 1974.
- MEIER-HAYOZ A./FORSTMOSER P., Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts, 4./5. A., Bern 1981/84.

- MEIER HAYOZ A./SCHLUEP W.R./OTT W., Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, ZSR n.F.90/1(1971)293 ff.
- MERZ H., Der massgebende Zeitpunkt für die Auflösung der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft aus einem wichtigen Grund, in *Ius et Lex*, Festgabe zum 70.Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel 1959, S.685 ff.
- MÖHRING Ph., Zur Zulässigkeit von Abfindungsklauseln in den Verträgen von Handelsgesellschaften, in *Wirtschaftsfragen der Gegenwart*, Festschrift für Carl Hans Barz, Berlin/New York 1974, S.49 ff.
- MOSER U., Fragen, die sich aus dem Verhältnis zwischen den die Gesellschaft fortsetzenden Gesellschaftern und dem ausgeschiedenen Teilhaber ergeben, Diss. Zürich 1948.
- MOSIMANN P., Die Liberierung von Aktien durch Verrechnung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel und Stuttgart 1978.
- MÜLLER R., Gesellschaftsvertrag und Synallagma, Diss. Zürich 1971.
- NAEF K., Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft? ZBJV 96(1960)257 ff.
- PATRY R., Grundlagen des Handelsrechts, in *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VIII/1, Basel und Stuttgart 1967, S.1 ff.
- *Précis de droit suisse des sociétés*, vol.I, Les notions fondamentales, Les sociétés sans personnalité juridique, Berne 1976 (zit. PATRY, *Précis*).
- PEDRAZZINI M.M., Stille Gesellschaft oder (offene) einfache Gesellschaft? SJZ 52(1956)369 ff.
- Gesellschaftsrechtliche Entscheide, 2.A., Bern 1978 (zit. PEDRAZZINI, *Entscheide*).
- PETZOLDT R., Die Haftung des Kommanditisten nach Leistung seiner Einlage durch den Komplementär, DNotZ 1975/529 ff.
- PINÖSCH J., Die rechtliche Stellung des Liquidators einer Kollektiv- und Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1936.
- RAUCH P.-E., Die Rechtswirkungen und der öffentliche Glaube der wichtigsten öffentlichen Register, insbesondere des Handelsregisters, Diss. Basel 1957.
- REBSAMEN K., Leitfaden für das Handelsregister unter besonderer Berücksichtigung der Basler Praxis, Basel 1981.
- REBSAMEN K./SCHMID H.P., Handelsregister – Eintragungstexte für Einzelunternehmen und Personengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Basler Praxis, Basel-Stadt 1981.
- REICHEL H., Gewillkürte Haftungsbeschränkung, in *Festschrift für Georg Cohn*, Zürich 1915, S.203 ff.

- Zum Bürgschaftsrecht, V, Verbürgung für Schulden einer Kollektivgesellschaft, SJZ 18(1922)265 ff. (*zit.* REICHEL, Verbürgung).
- REICHWEIN H., Die Stellung des stillen Gesellschafters im Konkurs, SJZ 45(1949)358 ff.
- REINHARDT Ch., Die Kommanditaktiengesellschaft im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Diss. Zürich 1971 (*zit.* Ch.REINHARDT).
- REINHARDT R., Die Fortentwicklung des Rechts der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft in der neueren deutschen Lehre und Rechtsprechung, ZBJV 103(1967)329 ff. (*zit.* R.REINHARDT)
- RICHARD U., Atypische Kommanditgesellschaften, Diss. Zürich 1971.
- RIEGGER B., Die Rückgewähr der Einlage eines Kommanditisten aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters, BBer. 1975/1282 ff.
- RYSER W., Einfluss des Steuerrechts auf das Handelsrecht, ZSR n.F. 97/2(1978)133 ff.
- SAXER A., Die Auflösung der einfachen Gesellschaft aus wichtigem Grund, Diss. Bern 1961.
- SCHAEGLER M., Die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters, Diss. Bern 1962.
- SCHAUB R.P., Die Nachfolgeklausel im Personengesellschaftsvertrag, SAG 56(1984)17 ff.
- SCHENKEL F., Verrechnung der Kommanditschuld mit einer Forderung des Kommanditärs gegenüber der Kommanditgesellschaft, SJZ 20(1923/24)352 ff.
- SCHERER W., Die Geschäftsführung und die Vertretung in den Personengesellschaften, Diss. Zürich 1964.
- SCHILLING W., Grosskommentar HGB, Bd. II/2, 3.A., Berlin 1970.
- SCHLEGELBERGER/GESSLER E., Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, 4.A., Berlin und Frankfurt a.M. 1963.
- SCHMID W., Der Grundsatz des öffentlichen Glaubens beim Handelsregister, ZSR n.F. 73(1954)463 ff.
- SCHMIDLIN Th., Untersuchungen über ausgewählte Auflösungsgründe der einfachen Gesellschaft, Diss. Bern 1943.
- SCHMIDT K., Einlage und Haftung des Kommanditisten, in Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, Heft 35, Köln 1977.
- Gesellschaftsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1986 (*zit.* SCHMIDT, Gesellschaftsrecht).
- Anwendungsgrenzen des § 176 II HGB, ZHR 144(1980)192 ff. (*zit.* SCHMIDT, Anwendungsgrenzen).

- SCHNEIDER Th., Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden, Diss. Zürich 1959.
- SCHNEIDER H./SCHNEIDER U.H., Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Kommanditgesellschaft, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1972/52 ff.
- SCHOOP K., Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Bern/Zürich 1981.
- SECRÉTAN R., L'étendue de la liberté de choix entre les diverses corporations de droit privé, ZBJV 96(1960)173 ff.
- SIEGWART A., Die Personengesellschaften, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/4, Zürich 1938.
- SIMON Th., Die Haftung des Kommanditärs für Schulden der Kommanditgesellschaft, mit besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse bei Sacheinlagen des Kommanditärs, Diss. Basel 1928.
- SPEISER P., Die Kapitaleinlage der Kollektivgesellschaften, ZSR n.F. 9(1890)333.
- SPÖRRI E., Eintritt und Austritt von Gesellschaftern bei den Handelsgesellschaften, Diss. Bern 1947.
- STAUB H., Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd.I/1, 10.A., Berlin und Leipzig 1920.
- VON STEIGER W., Gesellschaftsrecht, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Basel und Stuttgart 1976, S.211 ff.
- STIFFLER N., Die Kommanditgesellschaft auf Grundlage des Schweizerischen Obligationenrechts, Diss. Leipzig 1907.
- SUDHOFF H., Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, 5.A., München 1978.
- Verlustausschlussklausel und Kommanditistenhaftung, DB 1973/2175 ff. (zit. SUDHOFF, Verlustausschlussklausel).
- TELKAMP H.-J., Die einkommenssteuerliche Behandlung negativer Kapitalkonten von Kommanditisten im Konkurs, DB 1977/16 ff.
- THIEL J., Das negative Kapitalkonto im Steuerrecht, DB 1979/664 ff.
- TSCHUDI F., Die Beitragspflicht des Gesellschafters und die Folgen ihrer Nichterfüllung in den Personengesellschaften des Schweizerischen Obligationenrechts, Diss. Bern 1955.
- ULMER P./WIESNER G., Die Haftung ausgeschiedener Gesellschafter aus Dauerschuldverhältnissen, ZHR 144(1980)427 ff.

- VOLLENWEIDER A., Die Rechtsstellung der Ehefrau insbesondere als Kollektiv- und Kommanditgesellschafterin nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1926.
- WALDER H. U., Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 3. A., Zürich 1983.
- VON DER WEID A., Le droit aux intérêts des apports dans la société en nom collectif, thèse Fribourg 1925.
- WEIPERT, Zur Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten im Falle des Gesellschafterwechsels durch Allgemeine oder Sonderrechtsnachfolge, in Deutsches Recht 1943/270.
- WESTERMANN H., Ausgleichsansprüche des Kommanditisten, dessen Haftsumme die Pflichteinlage übersteigt, bei Inanspruchnahme von Gläubigern der Kommanditgesellschaft, in Wirtschaftsfragen der Gegenwart, Festschrift Carl Heinz Barz, Berlin/New York, 1974, S.81 ff.
- WIEDEMANN H., Gesellschaftsrecht, 4. A., München 1976.
- Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, in Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Johannes Bärman, München 1975, S.1037 ff. (zit. WIEDEMANN, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung).
 - Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München und Berlin 1965 (zit. WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung).
- WIELAND K., Handelsrecht, Bd. I, Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, München und Leipzig 1921.
- WIKI H., Übernahme und Fortsetzung des Geschäfts einer Kollektivgesellschaft durch einen Gesellschafter, Diss. Bern 1956.
- WOHLMANN H., Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Basel 1982, S.315 ff.
- WULKAN A., Die Beitragspflicht des Kollektivgesellschafters, Diss. Zürich 1973.
- VON WYSS D., Die Haftung des Kollektivgesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, Diss. Zürich 1953.
- ZÄCH R., Vertraglicher Ausschluss der Kündbarkeit bei den Personengesellschaften, Diss. Genf 1970.
- ZELLER H., Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. II, 1. A., Zürich 1915.
- ZELLWEGER L., Die Kommandit-Aktiengesellschaft und die kommende Revision des Aktienrechts, SJZ 70(1974)165 ff.
- ZOBL D., Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften, Diss. Zürich 1973.

Einleitung

Die Kommanditgesellschaft als eine der Personengesellschaften des schweizerischen Rechts ist ein ausserordentlich interessantes Rechtsgebilde. Dass die Zahl der Kommanditgesellschaften hiezulande eher im Abnehmen begriffen ist, ist zu bedauern, weist diese Gesellschaftsform doch gerade gegenüber der in der Schweiz weitverbreiteten Aktiengesellschaft namhafte Vorteile auf. Insbesondere entfällt bei der Kommanditgesellschaft die vielbeklagte Doppelbesteuerung, auch ist deren Gründung einfacher und billiger; Gewinn- und Verlustregelung sowie sonstige Interna können flexibel ausgestaltet werden. Nachteilig wirken sich umgekehrt ohne Zweifel die relative Immobilität der Anteile, die ungünstige Behandlung der Gesellschafter durch die Sozialversicherung, sowie vor allem Unzulänglichkeiten des Gesetzestextes aus, welche eine entsprechende Rechtsunsicherheit schaffen. In letzterer Hinsicht einen konstruktiven Beitrag zu erbringen, ist unter anderem Ziel der vorliegenden Arbeit.

Im Gegensatz zu den schweizerischen Verhältnissen ist die grundsätzlich ähnlich geregelte Kommanditgesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland recht verbreitet, ja es sind sogar zunehmend eigentliche Publikums-Kommanditgesellschaften anzutreffen.

Das deutsche Recht und die entsprechend reichhaltigere deutsche Lehre werden daher in dieser Arbeit in einem gewissen Umfang mitberücksichtigt. Hiebei dürfen allerdings die Unterschiede zwischen den beiden Regelungen nie ausser Acht gelassen werden. Eine kritische Betrachtung ist unerlässlich. Die teilweise grundlegenden Verschiedenheiten bestimmen auch das unterschiedliche Mass des Bezugs überhaupt.

Allgemein fällt auf, dass die Rechtsstellung des Kommanditärs meist – vor allem in Monographien – ausschliesslich von der haftungsrechtlichen Seite her betrachtet wird. Entsprechend erscheint die internrechtliche Seite vernachlässigt. Vor allem aber werden unzulässige Schlüsse vom Aussenverhältnis auf das Innenverhältnis gezogen. Gerade letzteres ist auch in der – recht spärlichen – Judikatur oft der Fall.

In der vorliegenden Arbeit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass der Kommanditär Mitglied einer Personengesellschaft ist. Entsprechend wird versucht, das Innenverhältnis vom Aussenverhältnis losgelöst zu betrachten und Querverbindungen je immer erst gestützt auf eine möglichst vollständige Erfassung des einen oder anderen Gebietes

herzustellen. Eine Beschränkung auf kommanditärspezifische vermögensrechtliche Probleme ist dabei unumgänglich. Auch können gewisse hochinteressante Fragen, die – wie vorstehend angetönt – mit einem Wechsel in der Kommanditärstellung, beziehungsweise mit dem Tod des Kommanditärs verbunden sind, nur am Rande gestreift werden.

Im Aussenverhältnis liegt das Schwergewicht naturgemäss auf der beschränkten Haftung. Im übrigen gelten die folgenden Ausführungen regelmässig sowohl für den Kommanditär als Mitglied einer kaufmännischen als auch einer nichtkaufmännischen Gesellschaft. Soweit ausnahmsweise erforderlich, werden Unterschiede hervorgehoben.

1. Teil

Die vermögensrechtliche Stellung des Kommanditärs im Innenverhältnis

1. Kapitel

Vermögensrechtliche Pflichten des Kommanditärs

Einziges von Gesetzes wegen vorgesehene vermögensrechtliche Pflicht des Kollektivgesellschafters, Komplementärs und auch Kommanditärs ist die Beitragspflicht.

Im übrigen sind die Gesellschafter «weder verpflichtet, höhere Einlagen zu leisten, als dies im Verträge vorgesehen ist, noch ihre durch Verlust verminderten Einlagen zu ergänzen» (Art. 560 II OR, gültig für den Kommanditär in Verbindung mit Art. 598 II OR). Damit ist insbesondere eine eigentliche Nachschusspflicht, d.h. eine positive Deckungspflicht nach eingetretenen Verminderungen des Kapitalanteils durch Verluste¹ aus ursprünglich eigenen Mitteln,² gesetzlich ausgeschlossen.³ An deren Stelle steht die persönliche, unbeschränkte bzw. beschränkte Haftung der Gesellschafter.⁴

Zufolge des dispositiven Charakters sämtlicher Vorschriften, die das Innenverhältnis bei der KollG und KG berühren, ist eine vertragliche Einführung⁵ einer Nachschusspflicht zwar denkbar, praktisch indes selten und dem Charakter der KG insbesondere eher fremd.

¹ So schon MAYER, 19, 37.

² Zu den dispositiven Beschränkungen des Bezugsrechts bezüglich Zinsen und Gewinn vgl. ausführlich nachst. § 2, V 1.2 und 1.3, § 3, IV 1.3.

³ Auch im Liquidationsstadium, vgl. ZR 2(1903)5. – Zur Abgrenzung der Nachschusspflicht von der Beitragspflicht vgl. TSCHUDI, 8 ff., WULKAN, 21 f., MAYER, 19, ders. S.37, 46, zur Nachschusspflicht bei der KG.

⁴ Vgl. statt vieler HUECK, 135. Zum Unterschied zwischen Nachschusspflicht und Haftung vgl. MAYER, 20 f., vermutlich irrtümliche Verwendung des Begriffes Nachschusspflicht anstelle von «Aufleben der Haftung» in SJZ 55(1959)213, unrichtige Verwendung auch in SJZ 14(1917/18)123 (95).

⁵ Bzw. durch einstimmigen oder Mehrheitsbeschluss, vgl. VON STEIGER, 501.

§ 1 Beitragspflicht

I. Definition und Rechtsnatur des Beitrags

Der Beitrag ist die – nach Art und Umfang im voraus bestimmte oder nach Massgabe der gesetzlichen Grundsätze nachträglich festzusetzende – Leistung eines Gesellschafters an die Gesellschaft, welche geeignet ist, den Gesellschaftszweck in irgendeiner Weise zu fördern.

Die Beitragspflicht gehört zu den Verpflichtungen sozialrechtlicher Natur. Im Gegensatz dazu stehen allfällige aussergesellschaftliche bzw. individualrechtliche Verpflichtungen (aus Kauf, Werkvertrag, Arbeitsvertrag, Darlehen etc.),⁶ bei welchen der Gesellschafter der Gesellschaft als Dritter gegenübersteht, was sich vor allem bei Liquidation⁷ bzw. Konkurs der Gesellschaft auswirkt. Daneben kommen auch gemischt sozial-individualrechtliche Verhältnisse vor, welche grundsätzlich primär nach Gesellschaftsrecht zu beurteilen sind.⁸

Im folgenden wird von der Beitragspflicht des Kommanditärs die Rede sein. Der Gesellschafter hat aber, wie allgemein betont wird, an sich auch ein Beitragsrecht, d.h. gemäss SIEGWART⁹ «einen Anspruch darauf, dass sein Beitrag angenommen und verwertet werde», ein Recht auf Vollzug der eigenen Leistung also.

Vom Beitrag als Oberbegriff ist die Einlage, d.h. der Vermögensbeitrag ins Gesellschaftsvermögen als Unterbegriff zu unterscheiden.¹⁰

⁶ Vgl. HARTMANN, N.7 zu Art. 557 OR, ausdrücklich auch für Kommanditär in N.5 zu Art. 598 OR; Unterscheidungskriterien vgl. SIEGWART, N.2 zu Art. 531 OR, Verhältnis anwendbare Bestimmungen Vertragsrecht/Gesellschaftsrecht vgl. VON STEIGER, 370; zur Unterscheidung von (partiarischen) Darlehen insbes. vgl. SIEGWART, N.7 zu Art. 594/95 OR, GRAF, 59 ff., 83 ff., gegenüber der einfachen Gesellschaft BGE 99 II 305 (Verlusttragung nicht massgebend), einschränkend ZBJV 99(1963)151 ff., s.a. Sem. jud.96(1974)324, 76(1954)537, Gesellschaftsvertrag/Arbeitsvertrag BGE 39 II 545; zur Unterscheidung zwischen Arbeitsvertrag und einfacher Gesellschaft vgl. z.B. BGE 104 II 111.

⁷ Vgl. HARTMANN, N.7 zu Art. 557 OR.

⁸ Vgl. dazu HARTMANN, N.7 zu Art. 557 OR, VON STEIGER, 370, unter der Bezeichnung «individualrechtliche Leistungen auf gesellschaftlicher Grundlage».

⁹ N.3 zu Art. 531 OR, s.a. VON STEIGER, 368, WIELAND, 468, 547.

¹⁰ Dazu noch nachst. II. – So z.B. HARTMANN, N.4 zu Art. 560 OR, im übrigen z.T. ungenau, d.h. Beitrag nur noch oder teilweise im Sinne von Vermögenseinlage verwendend, z.B. in N.5 zu Art. 560, N.8 zu Art. 557, N.6 zu Art. 698 OR, ähnlich SIEGWART, N.4 zu

II. Terminologisches: Kommanditeinlage/Kommanditsumme

Damit die nachfolgenden Ausführungen – unter anderem auch bezüglich Umfang und Arten der Beiträge – mit der richtigen Tragweite dargelegt und verständlich gemacht werden können, müssen wesentliche terminologische Präzisierungen getroffen werden.

Besteht der Beitrag eines Gesellschafters in einem Vermögensbeitrag, so liegt eine Einlage vor. Im Recht der KollG und KG wird sie grundsätzlich Kapitaleinlage genannt. Der – geleistete oder noch geschuldete – Vermögensbeitrag des Kommanditärs insbesondere heisst Kommanditeinlage.

Das revOR setzt in Art. 594 I a.E. die beiden Begriffe der Kommanditeinlage und der Kommanditsumme einander ausdrücklich gleich.¹¹

Diese Gleichstellung findet sich schon im aOR (Art. 590 I), sowie in den beiden ersten Entwürfen,¹² nicht hingegen¹³ im Entwurf III (Art. 594 I). Letzterer enthält vielmehr das diesbezüglich durchaus akzeptable Ergebnis der Beratungen der Expertenkommission,¹⁴ nämlich, dass Kommanditäre «nur bis zu einem bestimmten Vermögensbetrage,¹⁵ der Kommanditsumme, haften». Der Begriff der Vermögens**einlage** und damit die alte, im wesentlichen unzutreffende Formulierung wurde durch die Ständeratskommission¹⁶ wieder eingeführt¹⁷ und von der Nationalratskommission sowie in den parlamentarischen Beratungen ohne weitere Diskussion angenommen.

Art. 531 OR, wonach keine «allgemeine Beitragspflicht» bestehe, gemeint offensichtlich Einlagepflicht; zur Unterscheidung s.a. TSCHUDI, 11, WULKAN, 9 f.

¹¹ Entsprechend der franz. Text: «un apport déterminé, dénommé commandite», und der ital. Text: «un determinato conferimento patrimoniale, detto capitale accomandato».

¹² Vgl. E I Art. 597 I, E II Art. 609 I. – Vgl. zum aOR und den Entwürfen I und II die Kritik und klare Unterscheidung bei SIMON, 24 ff., 46 f. (aus dem Jahre 1928), Vermischung noch bei STIFFLER, z.B. S.25.

¹³ Entgegen VON STEIGER, 591/92.

¹⁴ ProtExpKomm, 114 f.

¹⁵ Hervorhebung von der Verf.

¹⁶ Vgl. Beratungen der Kommission des StR, I. Session vom 28./29. Aug. 1928 (Prot. über die Verhandlungen, S.21), Anträge des Departements an die Redaktionskommission vom 29.Sept. 1928, Redaktionsvorlage zur KollG und KG vom 7.Febr.1929, Anträge der StRKomm. vom 20.Febr.1929 zur KollG und KG.

¹⁷ Auf Anregung von Bundesrat HAEBERLIN. Vgl. Referat dess. über Eintretensfrage, Systematik, KollG und KG, S.30 ff., ders. in Beratungen der Kommission des StR, a.a.O. (vgl. vorst. Fn.).

Auch das deutsche Recht kennt eine ähnlich verwirrende Gleichsetzung von «Vermögenseinlage» und «Haftung» in § 161 I HGB, wobei in der deutschen Literatur weitgehend geklärt ist, dass es sich auch bei ersterem Begriff sinngemäss um ein Externum handle.¹⁸ Gebräuchlich ist bei deutschen Autoren die Bezeichnung der Haftsumme (extern) als «Hafteinlage»¹⁹ – gegenüber der Vermögenseinlage (intern) als «Pflichteinlage».²⁰ Dies führt leider zu der häufigen Verwendung der Kurzbezeichnung «Einlage» für beide Begriffe,²¹ wodurch die Ausführungen teilweise mühsam verständlich²² oder auch fehleranfällig sind.²³

Die Gleichsetzung von Kommanditsumme und Kommanditeinlage ist falsch.²⁴

Die beiden Begriffe sind, auch wenn gewisse faktische und rechtliche Zusammenhänge bestehen,²⁵ bzw. gerade deshalb,²⁶ unbedingt scharf auseinander zu halten.

Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Kommanditsumme bei Auflösung der Gesellschaft durch Liquidation²⁷ – zu ergänzen durch Konkurs – in einem gewissen Sinne *funktionell* zur Einlage wird, da sie in das Gesellschaftsvermögen in der Form der Liquidations- oder Konkurs-

¹⁸ Vgl. statt vieler BOHNENBERG, Anm. III zu § 161 HGB; vgl. jedoch die Klage über die weitgehende Verwechslung von Einlage und Haftung bis in die jüngste Zeit z.B. bei SCHMIDT, 132, ders., Gesellschaftsrecht, 1159 f., über das «babylonische Sprachgewirr» bei KONIETZKO, 15.

¹⁹ Vgl. jedoch die weitergehenden Differenzierungen bei KONIETZKO, 30 ff., 52 ff. Sie hängen mit der im deutschen Recht verankerten unmittelbaren Haftung des Kommanditisten zusammen. Demgemäss steht «Hafteinlage» für das, was die Gläubiger vom Kommanditisten persönlich fördern können, die «Haftsumme» jedoch für die im Handelsregister anzugebende, die Haftung beschränkende Summe. Die Figur der Hafteinlage ist gemäss KLEUK, 443, entbehrlich, s.a. 412 ff. WESTERMANN, 82, plädiert für «Haftsumme» statt «Hafteinlage», zur uneinheitlichen Terminologie ders. 83, Anm. 8.

²⁰ So statt vieler KORNBLUM, 207, deutliche Unterscheidung auch bei GURSKY, 1261, 1.Sp., WEIPERT, 274, 1.Sp. – vgl. demgegenüber KLAUSS/MITTELBACH, 29, Anm. 8, wo die *Haftsumme* i.S. der bestimmten Vermögenseinlage der *Kommanditeinlage* gleichgesetzt wird.

²¹ Sogar im Gesetz, vgl. § 171 I HGB, dazu BOHNENBERG, Anm. I, WIELAND, 738.

²² Z.B. HUECK, 146 oben.

²³ Z.B. Rechenbeispiel bei BOHNENBERG in Anm. V zu § 172 HGB.

²⁴ Vgl. statt vieler HARTMANN, N.5 zu Art. 594 OR, SIEGWART, N.9 zu Art. 594/95 OR, HIRSCH, 161 ff., VON STEIGER, 592 ff., GRAF, 87, N.34, so auch bereits VOLLENWEIDER, 93, sowie SIMON, 24 ff. unter dem aOR.

²⁵ Faktisch: Vorkommendes, umstritten ob häufiges, Zusammenfallen der Kommanditeinlage und Kommanditsumme im Umfang; rechtlich: Konsumption der Haftung durch Leistung und Belassen einer umfangmässig entsprechenden Einlage im Gesellschaftsvermögen.

²⁶ So auch VON STEIGER, 491.

²⁷ So VON STEIGER, 594.

masse einzuwerfen ist. Die Übereinstimmung beschränkt sich auf das Funktionelle, der Sache nach ist sie nicht gegeben. Erstens dient die Liquidations- bzw. Konkursmasse nach Auflösung der Gesellschaft ausschliesslich der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger; sodann ist, soweit überhaupt erforderlich, im Rahmen der Haftung nur Geld, nicht eine sonstige Vermögenseinlage zu leisten.²⁸ Darüber hinaus sind mit einer solchen Feststellung diejenigen Fälle nicht erfasst, wo die Einlage höher als die vereinbarte Kommanditsumme – sogenannt überschliessend – oder auch niedriger als die letztere ist.

Die Kommanditeinlage²⁹ beschlägt einzig das Innenverhältnis, das Verhältnis zwischen Kommanditär und Gesellschaft bzw. Mitgesellschaftern. Sie beinhaltet den vereinbarten – bereits geleisteten³⁰ oder noch geschuldeten – Vermögensbeitrag des Kommanditärs an die Gesellschaft,³¹ dessen Höhe die Gesellschafter unter sich frei – insbesondere unabhängig von der Höhe der Kommanditsumme – bestimmen. Sie kann in Geld oder aber auch in anderen vermögenswerten Leistungen bestehen.

Die Kommanditsumme³² dagegen hat ihre Bedeutung ausschliesslich im Aussenverhältnis. Sie ist eine reine Rechnungsziffer, eine notwendigerweise in Geld ausgedrückte *Haftsumme*,³³ die ausschliesslich der summenmässigen Beschränkung der Haftung des Kommanditärs gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft dient.³⁴ Zwar wird sie ebenfalls unter den Gesellschaftern – ihrerseits grundsätzlich unabhängig von der Höhe der Kommanditeinlage – vereinbart, bedarf aber zu ihrer Gültigkeit gegenüber Dritten der Eintragung ins Handelsregister oder in gewissen Ausnahmefällen zumindest genügender Kundgabe gegen aussen. In Art. 594 I OR,

²⁸ Prinzip der Interessehaftung, s. nachst. § 11, III, V 5.

²⁹ Franz.: «apport», ital.: «conferimento patrimoniale».

³⁰ Zu den weiteren Unterscheidungen vgl. nachst. III 3.

³¹ So VON STEIGER, 592. Unpräzis WIELAND, 538, Einlagen seien in das Gesellschaftsvermögen geleistete Beiträge; auch das deutsche Recht kennt den Begriff der «bedungenen» Einlage, der der geleisteten ausdrücklich gegenübergestellt wird, vgl. z.B. § 169 I HGB.

³² Franz.: «commandite», ital.: «capitale accomandato».

³³ Vgl. nachst. § 11, VI 1, sowie z.B. HARTMANN, N.5 zu Art. 594 OR; s.a. SIMON, 17, bereits VOLLENWEIDER, 93; s.a. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1160. – Eine «Beteiligung» an einer KG mit einer «Kommanditsumme von 500000.– Fr.» – so BGE 100 V 146 – ist daher begrifflich ausgeschlossen. Klassisches Missverständnis bei MOSER, 29, wonach «die finanzielle Beteiligung des Kommanditärs im Handelsregister publiziert und somit für Dritte o.w. ersichtlich» ist. Fehl am Platze auch der Ausdruck «Kommanditkapital» bei CHRIST, 42. – Nicht einleuchtend BISCHOFF, 148, N.1, welcher unter der Haftsumme nur die überschliessende Kommanditsumme verstehen will.

³⁴ Keinesfalls haftet der Kommanditär mit seinem «Kapitalanteil», unzutreffend PEDRAZZINI, Entscheide, 91.

wo vom spezifischen Begriffsmerkmal der KG, nämlich der beschränkten Haftung des Kommanditärs die Rede ist, ist daher einzig der Begriff der Kommanditsumme am Platze.

Beide, Kommanditsumme und Kommanditeinlage, brauchen sich umfangmässig nicht zu decken.³⁵ Sie können auch völlig unabhängig voneinander jederzeit verändert, d.h. erhöht oder herabgesetzt, bzw. die Einlage erlassen oder gestundet werden. Die Haftung gegen aussen kann auch trotz fehlerhaftem Gesellschaftsvertrag und damit fehlender Verpflichtung zur Leistung der vereinbarten Einlage bestehen bleiben.³⁶ All dies als Ausfluss davon, dass die KG als Personengesellschaft im Grunde genommen zwei Leben führt – ein Aussen- und ein Innenleben – welche zumindest grundsätzlich völlig unabhängig voneinander bestehen³⁷ und folglich unter anderem auch völlig unabhängig voneinander verändert werden können. Die Einprägung dieses Grundsatzes ist zum Verständnis der nachstehend behandelten Probleme, bzw. der vermögensrechtlichen Stellung des Kommanditärs insbesondere, fundamental.

Auch wenn der Expertenkommission, wie bereits vorerwähnt, die ausdrückliche Gleichsetzung von Kommanditeinlage und Kommanditsumme im heutigen Art. 594 I OR nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, so bleibt doch schlechthin unverständlich und zugleich äusserst bedauerlich, dass die aus namhaften Mitgliedern zusammengesetzte Kommission auf Antrag von Carl WIELAND eine durchgehende Verwendung des Begriffs der «Kommanditsumme» im Rechte der KG mit grosser Mehrheit beschloss,³⁸ und zwar eben entgegen HARTMANN³⁹ gerade nicht nur dort, wo der Haftungsbetrag gemeint war, sondern generell.⁴⁰ Dies, obwohl den

³⁵ Vgl. nachst. III 2, so schon HUBER, Ber.I, 25, Hoffmann, Ber.II, 28, ähnlich schon SIMON, 25 f., VOLLENWEIDER, 94. Speziell zu Fragen, die sich aus dem unterschiedlichen Umfang von Internum und Externum ergeben, WESTERMANN, 81 ff.

³⁶ Vgl. u.a. VON STEIGER, 593.

³⁷ Vgl. statt vieler schon WIELAND, 501, 739, 732 Anm. 5; gem. HARTMANN, N.22 zu Art. 594 OR besonders ausgeprägt bei der KG zufolge der Sonderstellung des Kommanditärs, s.a. GRAF, 87; BGE 100 V 144 (zur unsauberen Terminologie vgl. Fn.33 vorst.). Diese Tatsache wird z.B. von SPEISER, 330 ff. völlig übersehen bzw. betr. den Kommanditär negiert.

³⁸ ProtExpKomm, 114/115. Der den Beratungen der ExpKomm zugrunde liegende E II hatte demgegenüber überwiegend, aber entgegen ProtExpKomm, 113, nicht ausschliesslich (vgl. z.B. E II Art. 626/628/629) den Begriff der Kommanditeinlage verwendet. – Zu der uneinheitlichen Verwendung der Begriffe «Vermögenseinlage» und «Kommanditsumme» im aOR vgl. HARTMANN, N.4 zu Art. 594 OR, SIEGWART, N.9 zu Art. 594/95 OR, FURRER, 34, SIMON, 24 ff., 26 f., VOLLENWEIDER, 93.

³⁹ N.4 zu Art. 594 OR, s.a. N.1 zu Art. 601 OR («an verschiedenen Stellen»).

⁴⁰ Entgegen SIEGWART, N.9 zu Art. 594/95 OR, wurden die Weichen von allem Anfang an

Experten oder zumindest gewissen unter ihnen offenbar der obgeschilderte einschneidende Unterschied durchaus bekannt und bewusst war.⁴¹ Spätere Versuche von Carl WIELAND, SIEGWART und OSTERTAG, an gewissen Stellen den Begriff der Einlage doch wieder einzuführen,⁴² scheiterten.

Die eidgenössischen Räte waren mit der neuen einheitlichen Regelung, mit dem Ausdruck der «Kommanditsumme, der alles enthält»⁴³ diskussionslos einverstanden.⁴⁴

Das Gesetz ruft im dargelegten Zusammenhange im Grunde genommen längst dringend nach einer Revision.⁴⁵ De lege lata besteht die Gefahr von Missverständnissen, ergeben sich auch schwierige Auslegungsprobleme. Der vom Gesetz geschaffenen Begriffsverwirrung erlagen und erliegen leider auch zahlreiche gerichtliche Entscheidungen.⁴⁶

In der Literatur wurden zwar sofort Bedenken gegen die obgeschilderte Verwendung der Begriffe laut.⁴⁷ Die grundlegende Unterscheidung, aber auch die vorkommende tatsächliche Diskrepanz zwischen Komman-

falsch gestellt. Die Ausführungen über die KG beginnen auf S.113 des Protokolls. Carl WIELANDS Antrag, die Kommanditsumme «überall» einzusetzen, steht bereits auf S.114!

⁴¹ Vgl. z.B. die klare Unterscheidung im Antrag GUEx, ProtExpKomm, 114, s.a. CARL WIELAND, ProtExpKomm, 134, wo er sich gegen das Klagerecht der Gesellschaft bei Liquidation wehrt, da diese nur die Einlage und nicht die Einwerfung der Kommanditsumme verlangen könne, s.a. OSTERTAG, ProtExpKomm, 136, der eine Herabsetzung der «Kommanditsumme» durch «Bezüge» zu vereiteln suchte, vgl. revOR Art. 609 I, dazu nachst. § 11, IX 2.1.

⁴² So z.B. betreffend Ausschluss der Rückforderung der Einlage im Konkurs, ProtExpKomm, 142, dito SIEGWART, a.a.O., 143, OSTERTAG, a.a.O., 132 und 136, vgl. jedoch hiezu die zumindest akzeptable Formulierung im geltenden Art. 616 II OR, vgl. nachst. § 6, IV.

⁴³ StenBullStR 1931/161, vgl. aber auch S.166, wo die Kommanditsumme deutlich als Haftsumme verstanden wurde. Auf dieser Stelle basiert z.B. KAUFMANN, 64, seine in vielen Punkten von der vorliegenden Arbeit abweichenden Ansichten. Bezeichnend z.B. seine – m.E. unhaltbare – Fragestellung: Beitragspflicht oder beschränkt-persönliche Haftung? (S.62).

⁴⁴ StenBullStR a.a.O., 162; der NR gar ohne jegliche Erwähnung der neuen Terminologie, vgl. StenBullNR 1934/236/37, wobei die oberflächliche Behandlung der Revision an sich in diesem Gremium für einigen Aufruhr sorgte, vgl. a.a.O., 237-242.

⁴⁵ Vgl. die nachstehenden Vorschläge de lege ferenda im Zusammenhang mit der Schlussbetrachtung.

⁴⁶ Vgl. z.B. BGE 57 II 361 ff., 60 III 13, teilweise 27 II 36, krasses Beispiel in SJZ 55(1959)313 (127), s.a. ZR 19(1920)157, vgl. auch die allerdings nur teilweise berechnete Kritik an der Bundesgerichtspraxis bei WIELAND, 760, Anm. 12; ausgezeichnet jedoch z.B. der Berner Appellations- und Kassationshof in SJZ 6(1909/ 10)114 (33). – Gemäss KONIEZKO, 17 inkl. Anm. 13, geht auch der BGH pragmatisch vor und spricht wenn möglich nur neutral von der Einlage.

⁴⁷ Vgl. SIEGWART, N.9 zu Art. 594/95 OR, HARTMANN, N.3 und N.4 zu Art. 594 OR, BISCHOFF, 15 ff., 23 ff., vgl. schon SIMON, 24 ff.

mitsumme und Kommanditeinlage können als hinlänglich bekannt und anerkannt gelten.⁴⁸ Trotzdem werden Unstimmigkeiten häufig übersehen, bzw. die Konsequenzen im Bereich der Auslegung nur recht zaghaft gezogen.⁴⁹ Darauf wird im jeweiligen Zusammenhange zurückzukommen sein.

Insbesondere geistert ab und zu der Ausdruck «Kommandite» durch die Ausführungen,⁵⁰ ein Ausdruck, der bald das Innen- bald das Aussenverhältnis meint,⁵¹ und mit der geschichtlichen Entwicklung der KG⁵² sowie teilweise mit dem früheren französischen Sprachgebrauch zusammenhängt.⁵³ Der Ausdruck könnte zweideutiger nicht sein. Zwecks Schaffung klarer Verhältnisse ist seine Verwendung daher unbedingt und in

⁴⁸ Vgl. z.B. HARTMANN, N.3 zu Art. 594, N.8 zu Art. 598 OR; FUNK, N.7 zu Art. 594/95 OR, KAUFMANN, 60, GUHL/MERZ/KUMMER, 6.A., 557, 7.A., 593, PATRY, Précis, 334 f. Sehr deutlich und ausgezeichnet neuerdings VON STEIGER, 592 ff., HIRSCH, 161 ff., grundsätzlich zutreffend MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.27, gefährlich, z.T. unrichtig jedoch N.28a a.E., dazu nachst. Fn.68, § 2, V 1.3.2, Fn.112; unzutreffende Gleichsetzung von Kommanditsumme und Kommanditeinlage neuerdings bei WULKAN, 10, ausdrückliche Gleichsetzung von Vermögenseinlage und Kommanditsumme jedoch noch bei FICK, N.2 und N.4 zu Art. 590 aOR (entsprechend Art. 594 revOR): «Die Erklärung des Kommanditärs geht dahin, dass der kundgegebene Betrag seine Kapitaleinlage in die Gesellschaft sei...»; sehr unklare Terminologie bei SPEISER, 330 ff.; Materiell völlige Gleichstellung und dadurch m.E. unhaltbare Ergebnisse, krass z.B. S.337.

⁴⁹ Z.B. Kommanditsumme kritiklos als Massstab für die – begriffsnotwendig interne – Verlusttragung akzeptiert, HARTMANN, N.3 zu Art. 594 OR mit der Folgerung, die Kommanditsumme sei eben von Bedeutung für das äussere und für das innere Verhältnis!

⁵⁰ Sogar, selten zwar, auch bei VON STEIGER, z.B. S.538, N.16, S.636 i.V. mit S.644 (im externen) und S.634 (im internen Sinn); so auch z.B. bei HARTMANN, N.6 und N.16 zu Art. 594, N.18 zu Art. 610, N.3 zu Art. 611 OR (je i.S. von Einlage), hingegen Verwendung des Begriffs «Einlage» in zutreffendem Sinne in N.13–20 zu Art. 608, N.4 zu Art. 611 OR. GUHL/MERZ/KUMMER, 6.A., 554, ausdrücklich im internen und externen Sinn 7.A., 593, (unklar, vermutlich Kommanditsumme gemeint, könnte auch Sacheinlage bedeuten), MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.27 und N.30 (im externen Sinn), RICHARD, 31 (im externen Sinn), BAR, 138 (im internen und externen Sinn), s.a. CHRIST, 44 (im externen), 46 (im internen Sinn).

⁵¹ Wie die zitierten Autoren z.T. selbst festhalten, vgl. z.B. HARTMANN, N.4 zu Art. 594 OR, VON STEIGER, 591.

⁵² Vgl. dazu VON STEIGER, 470 ff., s.a. WIELAND, 737, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6, N.1 ff., insbes. N.8/9, KOLLER, 67 f., NAEF, 257 ff.

⁵³ Gemäss geltender franz. Fassung von Art. 594 I OR a.E. bedeutet «la commandite» jedoch heute eindeutig die *Kommanditsumme* im Gegensatz zum «apport», der *Kommanditeinlage*, vgl. aber z.B. FOLLIET, 83 ff., der für den Begriff der Kommanditeinlage überwiegend den Begriff der «commandite» verwendet, SECRETAN, 179; so auch z.B. noch BGE 20/595.

jedem Falle zu vermeiden, sowie insbesondere auch aus dem Handelsregister⁵⁴ auszumerzen.

III. Umfang der Beitragspflicht

1. Gesellschaftsvertrag

Die Beitragspflicht ist als reines Internum der Gesellschaft der freien vertraglichen Regelung überlassen.⁵⁵

Wesentlich ist allerdings, *dass* jeder Gesellschafter, auch der Kommanditist, etwas zur Erreichung des Gesellschaftszwecks beiträgt, denn sonst liegt überhaupt keine Gesellschaft im Rechtssinne bzw. keine Mitgliedschaft vor.⁵⁶ Als genügender Beitrag wird bei den Personengesellschaften allgemein⁵⁷ und für den Kommanditist insbesondere⁵⁸ die reine Übernahme der Haftung anerkannt. Auch wenn der Kommanditist also «nur» die Haftung übernimmt, wird und bleibt er vollwertiger Gesellschafter. Die dadurch bewirkte Stärkung des Kredits kann diesen Beitrag sogar zu einem sehr wesentlichen werden lassen. Ist der Betrag der Kommanditsumme hingegen sehr geringfügig, dient er meist eher dazu, die Privatgläubiger auszuschliessen.⁵⁹

⁵⁴ Vgl. die Beispiele bei JAQUEROD/VON STEIGER, 145 ff., 354, REBSAMEN/SCHMID, z.B. 3.1.4, vgl. aber demgegenüber REBSAMEN, 32, wo der präzise Begriff der Kommanditsumme verwendet wird. Unzulänglichkeiten ergeben sich v.a. im Zusammenhang mit der Publikation von Sacheinlagen, vgl. nachst. IV 2.1.

⁵⁵ Der Gesellschaftsvertrag bedarf der schriftlichen Form nur, wenn diese von den Parteien vorbehalten war, Art. 16 OR, (vgl. z.B. BGE 73 I 314) – der öffentlichen Beurkundung nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen wie z.B. bei Einbringung von Liegenschaften etc., s. dazu SIEGWART, N.63 ff. zu Art. 530 OR. Im übrigen kann er auch durch konkludentes Verhalten zustande kommen, vgl. dazu KLAUSS/MITTELBACH, 59, Anm. 72. – Vgl. die Muster von Gesellschaftsverträgen für die KG bei SUDHOFF, 491 ff.

⁵⁶ Vgl. die auch für die KG geltende Legaldefinition in Art. 530 I OR. Verschiedene Auffassungen über die Beitragspflicht begründen, wenn die Regelung nicht vorbehalten wird, einen Dissens – so BECKER, N.2 zu Art. 531 OR, s.a. WULKAN, 68.

⁵⁷ Vgl. VON STEIGER, 592/369, HARTMANN, N.8 zu Art. 557 OR; kritisch wenn Gesellschafter völlig vermögenslos und die Haftung daher für die Gesellschaft wertlos ist, U.HUBER, 203, Anm. 27, KONIETZKO, 180.

⁵⁸ Vgl. WIELAND, 739 inkl. N.21; LEHMANN/DIETZ, 198, vgl. jedoch den Widerspruch zu den direkt vorstehenden Ausführungen, wonach sich der Kommanditist zu einer Kapitaleinlage von bestimmtem Betrage verpflichten müsse.

⁵⁹ Via Sonderkonkurs der KG, vgl. Art. 615 und 616 OR, SIEGWART, N.6 zu Art. 594/95 OR, sowie die Ausführungen über die Mindestkommandite, nachst. § II, VI 2.

Mit anderen Worten besteht keineswegs eine gesetzliche Pflicht zur Vereinbarung oder gar Leistung einer Einlage,⁶⁰ d.h. eines finanziellen oder doch in Geld umsetzbaren Vermögensbeitrages.⁶¹

Die Gläubiger insbesondere können sich in keinem Fall auf eine solche Einlagepflicht berufen. Bei einem solventen Kommanditär⁶² sind sie übrigens häufig besser bedient mit einer reinen Haftung bzw. einer möglichst kleinen Einlage, denn bis zu einer Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs insbesondere kann eine allenfalls der Kommanditsumme entsprechende geleistete und damit an sich haftungsbefreiende⁶³ Einlage als Bestandteil des Gesellschaftsvermögens untergegangen oder stark reduziert worden sein. Bei einem Kommanditär von fraglicher Zahlungsfähigkeit gilt freilich das Umgekehrte.⁶⁴

Die Gläubiger haben überhaupt keinen Anspruch auf das Vorhandensein eines bestimmten Gesellschaftsvermögens, weder bei der KollG noch bei der KG.⁶⁵ Anders gewendet existiert – dies im scharfen Gegensatz zur AG beispielsweise – *kein gesetzlich garantiertes Grundkapital*.⁶⁶ Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf den Kommanditär. Auch er hat somit wie erwähnt weder die gesetzliche Pflicht, eine Einlage überhaupt zu leisten

⁶⁰ Unzutreffend KAUFMANN, 63 f.: Ableitung der zwingenden Leistungspflicht aus Art. 610 II OR! Dieser Artikel bezieht sich nach einhelliger Ansicht nur auf die Haftung des Kommanditärs und zeigt genau umgekehrt, dass sowohl Nichtleistung als auch teilweise Leistung ebenso wie Rückerstattungen während der Dauer der Gesellschaft o.w. zulässig sind. Vgl. das Beispiel sukzessiver Leistung der Einlage «selon les besoins de la société» in BGE 20/595; unzutreffend ebenfalls VON DER WEID, 36, 38, welcher sich auf SPEISER, 332 abstützt, unzutreffend SJZ 55(1959)213 (127). – Widersprüchlich LEHMANN/DIETZ, 198, vgl. Fn.58 vorst. Zutreffend SIMON, 46, BISCHOF, 55, PATRY, Précis, 335, der aber m.E. zu Unrecht aus dieser Tatsache ableitet, dass der Kommanditär nur eine Garantie übernehme, nicht aber für die Schulden der Gesellschaft hafte.

⁶¹ Deutlich WIELAND, 744: «Die Einlagepflicht des Kommanditisten gehört nicht zum Wesen der KG.» und 739: «Im Gegensatz zu den (gebundenen Formen) der AG und GmbH, für welche die Einlagepflicht wesentlich ist ...»; vgl. auch SIEGWART, N.8 zu Art. 594/95 OR, VON STEIGER, 592, 610, HARTMANN, N.6 zu Art. 598, N.8 zu Art. 557 OR; zu den teilweise abweichenden ausländischen Rechten s. VON STEIGER, 579 ff.

⁶² Insofern spielt eben die persönliche Vermögenslage des Kommanditärs – entgegen PATRY, Précis, 332 – eine Rolle, vgl. aber dens. S.352.

⁶³ Dazu ausführlich nachst. § 11, VIII.

⁶⁴ So auch SIEGWART, N.10 zu Art. 594/95 OR.

⁶⁵ Vgl. VON STEIGER, 534, SIEGWART, N.2 zu Art. 570 OR, HARTMANN, N.8 zu Art. 557, s.a. N.5 zu Art. 616 OR, HIRSCH, 170, WIELAND, 538 f., HUECK, 116. Unzutreffend ZELLER, N.1 zu Art. 605 aOR, wonach das «Kommanditkapital im Interesse der Gläubiger[!] intakt erhalten werden» soll.

⁶⁶ Bezeichnend für den oberwähnten, in vieler Hinsicht unzutreffenden Entscheid in SJZ 55(1959)213 (127) der Ausdruck – *horribile dictu* – «gezeichnete Kommanditsumme»!

noch eine geleistete in der Gesellschaft zu belassen.⁶⁷ Der nach wie vor verbreiteten und auch unbewusst immer wieder durchschimmernden gegenteiligen, irrtümlichen Ansicht gilt es entschieden entgegenzutreten.⁶⁸

Ist eine Einlage vertraglich geschuldet, hat die Beteiligung des Kommanditärs eine wirtschaftliche Ähnlichkeit zum (partiarischen) Darlehen oder zur stillen gesellschaftlichen Beteiligung. Häufig sind falsche oder unpräzise Bezeichnungen. Entsprechend besteht diesbezüglich eine reichhaltige Lehre und Gerichtspraxis.⁶⁹ Kurz zusammengefasst liegt der Unterschied der Kommanditärstellung zum Darlehen im fehlenden «animus contrahendae societatis», zur stillen Beteiligung⁷⁰ in der Bekanntgabe der Haftung nach aussen.

Die Einlagen können wertmässig niedriger oder höher (sogenannt überschliessend) vereinbart werden als die Kommanditsumme.⁷¹ Im ersten Fall sind nur die Gesellschaftsgläubiger bzw. die Liquidatoren oder die Konkursverwaltung – nach Auflösung der Gesellschaft –, im zweiten nur die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter – während verbender Gesellschaft – zur Einforderung der Differenz berechtigt.⁷²

⁶⁷ Vgl. die Zitate in Fn.61, sowie HARTMANN, N.5 zu Art. 616, N.5 zu Art. 570, N.5 zu Art. 560 OR. Zumindest missverständlich GUHL, Juristische Karte Nr.756, S.2. Unzutreffend wiederum SJZ a.a.O., ebenfalls unrichtig SPEISER, 332, wonach die Kommanditeinlage – im Gegensatz zur Kapitaleinlage des Kollektivgesellschafters – «zum Begriff der KG» wesentlich sei, unzutreffend auch VON DER WEID, 38, der sich wiederum auf SPEISER verlässt; unrichtig auch ZELLER, N.2 zu Art. 605 aOR, wonach die Kommandite eine Vermögenseinlage sei, die nicht zurückgezogen werden dürfe und nicht eine blossе Garantieverpflichtung. Auch dieser Darstellung liegt eine Vermischung von Internum und Externum zugrunde. Unzutreffend KAUFMANN, 63 f., vgl. Fn.43 vorst. Zum Schicksal der geleisteten Einlage im Konkurs- und im Liquidationsfalle vgl. nachst. VI 2.1. und 2.3 sowie § 6, IV.

⁶⁸ Zumindest missverständlich und gefährlich der Vergleich mit der AG, GUHL/MERZ/KUMMER, 6. A., 557 f., darauf offenbar abstützend MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 237, N.28a a.E., etwas abgeschwächt GUHL/ MERZ/KUMMER, 7. A., 594; gefährlich – und falsch – der Ausdruck «Kommanditkapital» bei CHRIST, 42.

⁶⁹ Vgl. z.B. SIEGWART, N.7 zu Art. 594/95 OR, HARTMANN, N.12 ff. zu Art. 594 OR, GRAF, 83 ff, 87, GUHL, Juristische Karte Nr.757; BGE 17/153 ff., 25 II 573, 26 II 241, 30 II 295 (beide Darlehen/ einfache Gesellschaft), ZR 1(1902)222, 6(1907)175, 9(1908)151 (Kommanditär/stiller Gesellschafter), 47(1948)101; s.a. die Zitate in Fn.6 vorst.

⁷⁰ Zu dieser vgl. REICHWEIN, 359, 1.Sp., EGGER, 197 ff., insbes. 203 ff, ebenso NAEF, 257 ff., insbes. 279 ff., 307 ff., LEHMANN/DIETZ, 193.

⁷¹ So auch u.a. HARTMANN, N.3 zu Art. 594, N.8 zu Art. 598 OR, GUHL/ MERZ/KUMMER, 594, VON STEIGER, 609, WIELAND, 745; bei Sacheinlagen muss Einigung über deren Bewertung herrschen, da diese unter Angabe eines bestimmten Wertansatzes im HReg. einzutragen sind, vgl. Art. 596 III, Art. 597, s.a. Art. 608 III OR, dazu ausführlich nachst. IV 2.1.

⁷² Im einzelnen s.nachst. VI.

Ist der Grundsatz der Einlagepflicht festgelegt, die Höhe derselben aber nicht genau bestimmt, so gilt nicht etwa automatisch der Umfang der Kommanditsumme als massgebend.⁷³

Eine Erhöhung der Beiträge der Gesellschafter ist grundsätzlich nur mit Zustimmung aller Gesellschafter möglich, d.h. durch Abänderung des Gesellschaftsvertrages, oder aber durch einstimmigen Gesellschaftsbeschluss, es sei denn, es habe der Gesellschaftsvertrag für diesen Fall das Genügen der Mehrstimmigkeit ausdrücklich vorgesehen.⁷⁴ Dasselbe gilt für die Nachschusspflicht⁷⁵ im Falle von Verminderungen der Einlage durch Geschäftsverluste bzw. bei Wertverminderungen der (Sach-) Einlage selbst.⁷⁶ Umgekehrt besteht auch kein vom Willen der übrigen Gesellschafter unabhängiges Recht des Gesellschafters zur Leistung von Nachschüssen.⁷⁷ Dies gilt⁷⁸ ohne weiteres auch dann, wenn der Kapitalanteil des Kommanditärs negativ ist.⁷⁹ Beide Verbote haben zum Ziel, eine Verschiebung der Ausgleichsbasis für die Berechnung von Gewinn- und Zinsansprüchen, Stimmrechten, Ansprüchen bei Liquidation etc.⁸⁰ zu verhindern, soweit diese überhaupt vom Umfang des Kapitalanteils bzw. der geleisteten Einlage abhängen.⁸¹

Unter Umständen kann man sich fragen, ob eine weitere, ausdrücklich vereinbarte oder zumindest von der Gesellschaft angenommene Leistung⁸² als sozialrechtliche Einlage oder als aussergesellschaftliche Leistung (z. B. Darlehen) zu gelten habe. Dieses Problem stellt sich zwar nicht nur beim Kommanditär, ist aber bei ihm wegen der speziellen Regelung der Haf-

⁷³ Vgl. dazu ausführlicher nachst. III 2.

⁷⁴ Vgl. Art. 560 II OR, so VON STEIGER, 369, 395; a. A. SIEGWART, N.9 zu Art. 534 OR, der die Zulässigkeit des Mehrheitsbeschlusses vom Umfang der Erhöhung abhängig machen will, was zu schwierigen Ermessensfragen Anlass geben könnte.

⁷⁵ Vgl. ebenfalls Art. 560 II OR, dazu bereits kurz vorst. vor § 1, VON STEIGER, 369, 395, HARTMANN, N.5 und N.6 zu Art. 560 OR, N.9 zu Art. 598 OR, entgegen HARTMANN, a. a. O., wohl gl. A. SIEGWART, N.9 zu Art. 534 i. V. mit N.37 zu Art. 531 OR.

⁷⁶ Vgl. jedoch zu den Bezugsbeschränkungen betreffend Zinsen und Gewinn (in bzw. nach Verlustjahren) i. S. von Art. 611 I OR nachst. § 2, V 1.3, § 3, IV 1.3.

⁷⁷ Vgl. u. a. HARTMANN, N.6 zu Art. 560 OR, SIEGWART, N.36 zu Art. 558/60 OR.

⁷⁸ Entgegen HARTMANN und SIEGWART, je a. a. O.

⁷⁹ Vgl. nachst. § 9, V 2.

⁸⁰ Vgl. SIEGWART, N.39 zu Art. 531 OR.

⁸¹ Ungenau HARTMANN, N.6 zu Art. 560 OR, denn die grundsätzliche Verteilung des Gewinns z. B. bei den Personengesellschaften, d. h. insbesondere bei der einfachen Gesellschaft und der KollG, erfolgt ja nach Köpfen, vgl. Art. 533 I OR.

⁸² Darin inbegriffen Stehenlassen von Zins, Gewinn und allfälligem Honorar; ungenau in diesem Zusammenhang der Ausdruck «Beitrag» bei VON STEIGER, 611/612, N.10, welcher eine Leistung «aus der eigenen Tasche» des Gesellschafters bedeutet.

tung⁸³ besonders brisant. Nach hier vertretener Ansicht gilt die gesetzliche Vermutung (Art. 601 III OR) bis zur Höhe der vertraglichen Einlage pro sozialrechtliche, ab Erreichung der bedungenen Einlage pro individualrechtliche Natur der Forderung.⁸⁴

Möglich, aber von der Zustimmung aller Gesellschafter abhängig, sind eine allfällige Herabsetzung, Stundung, Erlass, ganze oder teilweise Rückzahlungen von Einlagen.⁸⁵

Ist der vertraglich vereinbarte Umfang der Beitragspflicht ein übermässiger⁸⁶ oder (objektiv) unmöglicher, so hat dies Nichtigkeit,⁸⁷ eventuell auch nur Teilnichtigkeit⁸⁸ des Gesellschaftsvertrags zur Folge. Kam die Vereinbarung der Beitragspflicht aufgrund eines Willensmangels oder von Übervorteilung des Kommanditärs zustande, kann dieser sich auf einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages berufen.⁸⁹ In beiden Fällen der Ungültigkeit, welche zumindest intern⁹⁰ ex tunc wirkt, ist der Kommanditär berechtigt, seinen Beitrag, soweit bereits geleistet, von den Gesellschaftern, im Falle der Teilnichtigkeit von der Gesellschaft zurückzuverlangen, soweit es die Situation erlaubt. Unter Umständen – soweit die geleisteten Beiträge bereits verwendet wurden – bleibt allerdings nur die Möglichkeit der Liquidation nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, d.h. ex nunc.⁹¹

2. Gesetz

Mangels einschlägiger Bestimmungen im Rechte der KollG und KG gilt subsidiär Art. 531 OR aus dem Rechte der einfachen Gesellschaft. Hienach schuldet jeder Gesellschafter gemäss Absatz 1 grundsätzlich einen Beitrag. Schweigt sich also der Gesellschaftsvertrag ausnahmsweise vollständig über den wichtigen Punkt der Beitragspflicht aus, so ist vorweg zu prüfen,

⁸³ Da deren Konsumption nur durch Erbringung einer sozialrechtlichen Leistung bewirkt werden kann, vgl. nachst. § 11, VIII 2.

⁸⁴ Vgl. dazu ausführlich nachst. § 2, VI 2.

⁸⁵ Vgl. WIELAND, 745; die Haftung bleibt davon unberührt, so ausdrücklich § 172 III HGB.

⁸⁶ Wirtschaftliches Fortkommen beschneidend, Persönlichkeitsrechte verletzend.

⁸⁷ Vgl. VON STEIGER, 361.

⁸⁸ Als im Gesellschaftsrecht besonders wichtige Möglichkeit der Bewahrung des Gesellschaftsvertrags, vgl. VON STEIGER, 363.

⁸⁹ Bei untergeordneter Bedeutung von Beitretendem und Beitrag nimmt VON STEIGER, 364, mit weiteren Zitaten in N.38, auch hier Teilnichtigkeit an.

⁹⁰ Anders gegenüber gutgläubigen Dritten – der Gesellschaftsvertrag gilt ihnen gegenüber als «res inter alios»; vgl. VON STEIGER, 365, sowie nachst. § 11, IX 2.4.2.

⁹¹ Vgl. zum ganzen ausführlich VON STEIGER, 359 ff. mit Zitaten.

ob überhaupt ein gültiger Gesellschaftsvertrag und damit eine Gesellschaft im Rechtssinne entstanden sei.⁹² Gemäss Absatz 2 sollen die Beiträge dem Umfange nach gleich hoch sein «wie es der vereinbarte Zweck erheischt». Das Gesetz hat hier offensichtlich in erster Linie Vermögensbeiträge im Auge. Auch hier bleibt indes zu klären, ob der Gesellschafter, insbesondere der Kommanditär, in concreto überhaupt einen solchen *Vermögensbeitrag*, eine Einlage, zu erbringen hat. Eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung auch subsidiärer Art besteht, wie bereits ausgeführt, nicht.⁹³

Mit VON STEIGER⁹⁴ ist die Möglichkeit, dass eine Einlagepflicht auch durch den Richter bzw. durch Urteil, d.h. nicht nur durch Vertrag festgelegt werden könne, gutzuheissen, dann nämlich, wenn eine KG auf eine Einlage des Kommanditars in beliebiger Form angewiesen ist.⁹⁵ Eine grundsätzliche Einlagepflicht hat der Richter hingegen nicht unbesehen zu bejahen. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass sich die übrigen Gesellschafter mit dem typischsten Beitrag des Kommanditars, nämlich seiner Haftung, begnügt haben. Dies liegt unter Umständen nicht zuletzt auch in deren Interesse, weil ein derartiger, von jeder Einlagepflicht (und entsprechendem Einlagerecht) befreiter Kommanditär, wie übrigens auch jeder Komplementär, keinerlei Ansprüche auf Zinsen und Gewinn anmelden kann – letzteres soweit dieser nicht nach Köpfen oder Quoten, d.h. unabhängig vom Stand der geleisteten Einlage, verteilt wird.

Ist die Frage nach der grundsätzlichen Einlagepflicht unter den gegebenen Umständen bejaht, so muss unabhängig davon die weitere Frage nach deren Höhe beantwortet werden. Das Gesetz bestimmt zwar in Art. 531 II OR, dass die Beiträge gleich hoch sein müssten, bezeichnet aber gleichzeitig den vereinbarten Zweck als massgebend. Damit verweist es den Richter letztlich auf sein Ermessen und damit insbesondere auf die Berücksichtigung der Verhältnisse bei der konkret zu beurteilenden KG. Darf er hierbei unbesehen den Betrag der Kommanditeinlage entsprechend dem Betrag der konkret vereinbarten und publizierten Kommanditsumme festsetzen? Diese Frage ist klar zu verneinen. Eine gesetzliche Vermutung für eine Übereinstimmung der Höhe von Kommanditsumme und wertmässigem Umfang der Kommanditeinlage besteht nicht. Dies ist an

⁹² Vgl. auch erneut die Legaldefinition in Art. 530 I OR sowie VON STEIGER, 357/58, 370/71, BECKER, N.2 zu Art. 531 OR. Ohne Gesellschaftsvertrag entsteht keine KG, vgl. BGE 100 Ib 246 ff. für die KollG.

⁹³ Vgl. vorst. Ziff. 1., u.a. HARTMANN, N.6 zu Art. 598 OR.

⁹⁴ S. 610/11.

⁹⁵ Anders TSCHUDI, 18 f., unklar HARTMANN, N.8 zu Art. 598 OR.

sich allseits anerkannt.⁹⁶ Darüber, dass auch Art. 594 I OR a.E., dessen missglückte Fassung derartiges insinuieren könnte, eine solche Gleichsetzung nicht herstellt und nicht herzustellen vermag, herrscht ebenfalls Übereinstimmung.⁹⁷

Entgegen weitverbreiteter Auffassung darf die Höhe der Kommanditsumme m.E. aber auch nicht als Indiz für die Höhe der Einlage genommen werden.⁹⁸ Eine solche Ansicht mag von der geschichtlichen Betrachtungsweise her verständlich sein,⁹⁹ widerspricht indes der inzwischen klar erkannten und an sich unbestrittenen völligen Unabhängigkeit der beiden Begriffe, die ihrerseits auf der völligen Unabhängigkeit von Innen- und Aussenverhältnis einer KG als Personengesellschaft basieren.¹⁰⁰ Auf die ausserordentliche Vielgestaltigkeit des Verhältnisses zwischen «Geschäftseinlage» und Kommanditsumme wies schon HUBER¹⁰¹ hin.

Somit muss auch die Frage nach der Höhe einer grundsätzlich bejahten Einlageverpflichtung aufgrund der genauen Kenntnisse sämtlicher Umstände unter Abwägung aller konkreten Gegebenheiten geschehen. Mit anderen Worten sind letztlich wiederum und zwar ausschliesslich die aus dem vereinbarten Gesellschaftszweck sich ergebenden Erfordernisse im einzelnen ausschlaggebend.¹⁰²

⁹⁶ Vgl. WIELAND, 754, VON STEIGER, 611, HARTMANN, N.3 zu Art. 594, insbesondere N.8 zu Art. 598 OR, SIEGWART, N.7 zu Art. 594/95 OR: entspreche vertraglicher Kommanditeinlage regelmässig aber nicht notwendigerweise. Ausgezeichnet SIMON, 25 ff.

⁹⁷ Vgl. dazu ausführlich vorst. II sowie statt vieler erneut VON STEIGER, 611.

⁹⁸ So noch WIELAND, 754, Anm. 8, SIEGWART, N.8 zu Art. 594/95 OR, HARTMANN, N.8 zu Art. 598 OR, ähnlich CHRIST, 45. Gem. SCHILLING, Anm. 17 zu § 172 HGB, sind Pflicht- und Hafteinlage «im Zweifel» gleich; ähnlich SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1162 f., i.S. einer «Auslegungsregel».

⁹⁹ WIELAND, 739, spricht noch von der beschränkten Beitragspflicht als Wesensmerkmal der KG und stellt entsprechend die Haftung in den Dienst der Einlage; zutreffende Kritik für neuere Zeit und Schweiz. OR bei VON STEIGER, 590.

¹⁰⁰ Unzutreffend daher z.B. ZR 19(1920)157, wonach der Kommanditär nach Verlusten gehalten sei «*entweder im Handelsregister die Höhe der Kommandite (!) herabzusetzen oder sie (!) auf jene Höhe zu ergänzen*».

¹⁰¹ Ber.I, 25.

¹⁰² Vgl. erneut Art. 531 II OR, VON STEIGER, 611, widersprüchlich, d.h. doch von einem Gleichlauf des Umfangs von Kommanditsumme und Kommanditeinlage ausgehend, S.612 oben, TSCHUDI, 19.

3. Buchhalterische Behandlung der Kommanditeinlage/ Kapitalanteil – Vermögensanteil

Die kaufmännische KG ist buchführungspflichtig (Art. 957 i. V. mit Art. 594 III OR). Besteht der Beitrag eines Gesellschafters bzw. des Kommanditärs in einem Vermögensbeitrag, definitionsgemäss also in einer Einlage, so ist sie, soweit geleistet, Teil des Gesellschaftsvermögens und muss buchhalterisch erfasst werden. Die Verbuchung der Einlage bzw. von deren Wert erfolgt auf dem sogenannten Kapitalkonto des betreffenden Gesellschafters bzw. Kommanditärs, auf der Passivseite der Bilanz. Besteht die Einlage nicht in Geld, wird sie geschätzt.¹⁰³ Die Einlage wird damit zum verantwortlichen Gesellschaftskapital.¹⁰⁴

Das erwähnte Kapitalkonto ist in der Regel¹⁰⁵ ein Kontokorrent, ein variables Konto also. Der jeweilige Kontostand¹⁰⁶ entspricht dem *Kapitalanteil* des Gesellschafters bzw. des Kommanditärs. Der Kapitalanteil, der die ursprünglich geleistete Einlage enthält, wird durch Zinsen, Gewinn

¹⁰³ Vgl. HARTMANN, N.4 zu Art. 560 OR, entgegen TSCHUDI, 10 (s. aber S.48 f.), m.E. auch andere als «quoad dominium» eingebrachte Sacheinlagen. Gemäss KONIETZKO, 130 f. empfiehlt es sich, Einlagen zur Nutzung sowie als Beitrag anerkannte Arbeitsleistungen regelmässig ratenweise als Einlage zu buchen, ähnlich KLAUSS/MITTELBACH, 125, Anm. 204, s.a. SUDHOFF, in NJW 1956/324, ders. S.236; zur Schwierigkeit der Verbuchung von Beiträgen, die in der Leistung von Diensten und der Überlassung der Nutzung eines Gegenstandes bestehen, vgl. WULKAN, 14 f., 98, 124, 155 ff., U.HUBER, 196 ff. – Die von den Gesellschaftern vorgenommene Bewertung bleibt intern massgebend – so auch SIMON, 75 f., KLAUSS/MITTELBACH, 173, Anm. 286 – für das Aussenverhältnis ist der wahre, wirkliche Wert massgebend, vgl. nachst. IV 2.2, § 11, VIII 2, IX, 2.4.3.1.2.

¹⁰⁴ Vgl. HARTMANN, N.9 zu Art. 598, N.11 zu Art. 558 OR, nachst. § 11, VIII 2.

¹⁰⁵ Die vertragliche Vereinbarung eines fixen «Kapitalanteils» ist an sich – auch bei einem Kommanditär (vgl. U.HUBER, 258 ff., KLAUSS/MITTELBACH, 127, Anm. 209, 131, Anm. 216, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1150) – möglich, diesfalls müssen Gewinn, Verluste und Entnahmen separat verbucht werden, vgl. BOHNENBERG, Anm. II zu § 120 HGB, U.HUBER, 266–274. Zum Kapitalkonto des Kommanditärs als Festkonto vgl. auch SUDHOFF, 109 f., 230 ff., KLAUSS/MITTELBACH, 132, Anm. 218, mit dem Vorschlag, das Kapitalkonto des Kommanditisten aufzuteilen in den Betrag, der der Haftsumme entspricht und den allenfalls darüber hinausgehenden Betrag der kapitalmässigen Beteiligung. Zur Rechtsnatur dieser zweiten Konten vgl. U.HUBER, 244 f. Er spricht ihnen i.d.R. – entgegen der herrschenden deutschen Lehre – Einlage- und nicht Darlehenscharakter zu, vgl. S.252. Zur Problematik der Abgrenzung des Kapitalkontos von anderen Konten vgl. auch KLAUSS/MITTELBACH, 128 f., ders. zur Möglichkeit der Vereinbarung eines festen Verhältnisses zwischen den Kapitalanteilen, vgl. Anm. 217. – Zur Rechtsnatur des Separatkontos des Kommanditärs als Darlehenskonto vgl. nachst. § 2, V 2, sowie U.HUBER, 254 f.

¹⁰⁶ Im System der festen «Kapitalanteile» stellt erst die Saldierung der beiden Kapitalkonten den Kapitalanteil i.S. des Gesetzes dar. So auch U.HUBER, 261 f.

und Honorar allfällig ergänzt, durch Bezüge, Verluste oder Wertverminderungen herabgesetzt.¹⁰⁷ Der Kapitalanteil ist demnach eine variable Grösse,¹⁰⁸ lediglich ein Bilanzposten.¹⁰⁹ Er stellt das ziffernmässig ausgedrückte Beteiligungsrecht des Gesellschafters dar.¹¹⁰ Alle Kapitalanteile zusammen müssen dem buch- und bilanzmässigen Gesellschaftsvermögen entsprechen.¹¹¹ Der Kapitalanteil beinhaltet weder eine Verbindlichkeit der Gesellschaft – bei positivem Stand –, noch eine solche des Gesellschafters – bei negativem Stande.¹¹² Er kann weder abgetreten werden noch Gegenstand der Zwangsvollstreckung bilden.¹¹³ Der Kapitalanteil ist vor allem bei der KG gemäss Gesellschaftsvertrag häufig massgebend für die Berechnung von Gewinn und Verlust,¹¹⁴ von Zinsen (Art. 558 II OR), Liquidationsansprüchen (Art. 588 I OR), unter Umständen auch für die Stimmrechte.¹¹⁵

Uneinheitlich verwendet wird zum Teil der Begriff der Einlage im Zusammenhang mit dem Kapitalanteil. Im folgenden wird unterschieden zwischen der

¹⁰⁷ Vgl. VON STEIGER, 385, U.HUBER, 247, ähnlich HARTMANN, N.2 zu Art. 601 OR, VON DER WEID, 25, WEIPERT, 274.

¹⁰⁸ Aufgrund der Äufnungs- und der Bezugsbeschränkungen (Art. 601 I und Art. 611 I OR) ist der Kapitalanteil des Kommanditärs, wie GANSSMÜLLER, 2104, zu Recht festhält, beschränkt beweglich. Zur Tendenz des Gesetzes, hier des OR, den Kapitalanteil des Kommanditärs relativ stabil zu erhalten, vgl. auch nachst. § 3, IV 1.3. a.E.

¹⁰⁹ Vgl. VON STEIGER, 386, 494, U.HUBER, 228. – Zur abweichenden rechtlichen Funktion des festen «Kapitalanteils» vgl. U.HUBER, 262.

¹¹⁰ Vgl. U.HUBER, 228, SCHILLING, Anm. 8 zu § 167 HGB, ähnlich SUDHOFF, 107, KLAUSS/MITTELBACH, 124, Anm. 201 ff., s.a. WULKAN, 15 ff. Die Berechnung der Beteiligung ist dadurch, wie VON GRAFFENRIED, 25, zu Recht festhält, erschwert.

¹¹¹ Vgl. SCHILLING, a.a.O., KLAUSS/MITTELBACH, 125, Anm. 203: «*Buchmässig dient die Einstellung der Kapitalanteile dem Ausgleich der Bilanz*».

¹¹² Vgl. SCHILLING, Anm. 8 zu § 167 HGB, U.HUBER, 265, SUDHOFF, 108, WEIPERT, 273, KLAUSS/MITTELBACH, 124, Anm. 202/4, i.V. mit 205, sowie nachst. § 9, V 2; a.A. TSCHUDI, 10, MOSER, 11, basierend auf WIELAND, 556 f.; wie hier betr. Rechtsnatur der einzelnen Posten aus einem Kontokorrentverhältnis BGE 44 II 261.

¹¹³ Vgl. VON STEIGER, 494.

¹¹⁴ Er bildet aber nicht grundsätzlich, auch bei der KollG nicht, von Gesetzes wegen einen allgemeinen Kapitalverteilungsschlüssel. Unzutreffend TSCHUDI, 48, 19, MOSER, 12, (für die KollG insbes. gilt die Verteilung nach Köpfen). Gl. grundsätzlich für das deutsche Recht, vgl. U.HUBER, 184. Unpräzis VON STEIGER, 494, N.10: Auch gem. deutschem Recht ist der Kapitalanteil bei der OHG nur für die Berechnung der Vorzugsdividende (§§ 121 I, 122 HGB) massgebend. Die Berechnung des Gewinnrestes aber erfolgt nach Köpfen (§ 121 III HGB).

¹¹⁵ Vgl. auch VON STEIGER, 386, 494. – Keinesfalls ist die *Haftung* des Kommanditärs auf den Kapitalanteil beschränkt, unzutreffend PEDRAZZINI, Entscheide, 91.

- vertraglich vereinbaren,¹¹⁶ der
- ursprünglich geleisteten¹¹⁷ und der
- jeweils geleisteten Einlage¹¹⁸ bzw. Einlage im weiten Sinne, welche der ursprünglich geleisteten Einlage zuzüglich weiteren Eigenleistungen, vor allem jedoch zuzüglich Zuwachs (durch stehengelassene Zinsen, Gewinnanteile und allfällige Honorare), abzüglich darauf verbuchte Rückbezüge entspricht. Verbuchte Verlustanteile berühren hingegen nach vorliegender Definition wohl den Kapitalanteil, nicht hingegen den Umfang der Leistung der Einlage. Das heisst die Einlage bleibt grundsätzlich geleistet, auch wenn sie Verluste erlitten hat.¹¹⁹

Vom Kapitalanteil zu unterscheiden ist des weiteren der *Vermögensanteil* des Gesellschafters,¹²⁰ welcher seinem Wertanteil am gesamten Reinvermögen, d.h. inklusive Anteil an den offenen und stillen Reserven der Gesellschaft, entspricht. Als vollwertiger Gesellschafter und insbesondere Mitglied der Gemeinschaft zur gesamten Hand im Innenverhältnis¹²¹ ist auch der Kommanditär voll daran beteiligt. Der Vermögensanteil spielt insbesondere bei Auflösung der Gesellschaft durch Liquidation sowie bei Ausscheiden des Kommanditärs aus der Gesellschaft, genauer bei der Festsetzung seines Abfindungsanspruchs eine wichtige Rolle.¹²² Erst dann wird der Kapitalanteil zu einem realen Anteil am Gesellschaftsvermögen.

¹¹⁶ Nur diese Einlage hat Rechtsnatur einer Schuld gegenüber der Gesellschaft, soweit sie noch nicht geleistet ist, im Gegensatz zum negativen Kapitalanteil, so auch WEIPERT, 273 f., jedoch generell, ohne die nachfolgenden Präzisierungen.

¹¹⁷ «Vermögensopfer», so U.HUBER, 227.

¹¹⁸ Zum Bedürfnis nach einer Unterscheidung zwischen der «ursprünglichen» und der Einlage «wie sie sich entwickelt hat» schon ProtExpKomm, 37.

¹¹⁹ Diesbezüglich entgegen U.HUBER, 200, 227, 247, der seine «gegenwärtige Einlage» dem Kapitalanteil direkt gleichstellen und damit *jeder* Veränderung zugänglich lassen will. Die Unterscheidung zwischen der Einlage i.w.S. und dem allfällig davon abweichenden Kapitalanteil nach Verlusten hat indes sowohl im Zusammenhang mit dem Umfang des Auflebens der Haftung als auch betreffend Umfang des Rückerstattungsanspruches der Gesellschaft seinen wesentlichen Sinn, vgl. dazu nachst. § 11, VIII 4.1 und 4.2.2.

¹²⁰ Zu den beiden Begriffen insbes. VON STEIGER, 493 ff., U. Huber, 215 ff., insbes. 224 ff., zum ganzen Zusammenhange vgl. S.228 oben.

¹²¹ Vgl. dazu auch H.HUBER, Handänderungsgebühren, 241.

¹²² Vgl. nachst. § 7, insbes. IV 2.3.

IV. Arten des Beitrags

1. Allgemeines

Die Parteien sind auch in Bezug auf die Art des Beitrages frei, das ihnen Zusagende zu vereinbaren. Art. 531 I OR ist dispositiver Natur, die darin enthaltene Aufzählung (Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit) nicht erschöpfend.¹²³ Vielmehr ist die Vereinbarung eines jeglichen Beitrages möglich, soweit er den konkreten Gesellschaftszweck fördert.¹²⁴ Wiederum, wie bei der Frage des Beitragsumfanges ausgeführt, ist bei mangelnder vertraglicher Bestimmung vorerst die Frage des Konsenses überhaupt zu prüfen und sodann im Rahmen der richterlichen Lückenfüllung die Erreichung des angestrebten Zweckes im Auge zu behalten, unter Einbezug der tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelfall.¹²⁵ Der beruflich Sachverständige hat im Zweifel seine Fachdienste zur Verfügung zu stellen, der Finanzstarke eher Barmittel.

Auch bezüglich der Art der Beiträge wird jedoch absolute Gleichheit bei einer KG selten dem angestrebten Zweck und vor allem der besonderen Stellung des Kommanditärs in der Gesellschaft entsprechen.¹²⁶ Letztlich werden somit auch bei Beantwortung dieser Frage die konkreten Umstände im Einzelfall, insbesondere der vereinbarte Zweck massgebend sein. Wohl mag es häufig zutreffen, dass der Kommanditär intern Barmittel zur Verfügung stellt, jedoch darf hieraus noch keineswegs eine zwingende Regel abgeleitet werden. Entgegen weitverbreiteter Meinung hat der Kommanditär während der Dauer der Gesellschaft keineswegs etwa eine ausschliessliche Funktion als Geldgeber.¹²⁷ Zum Beispiel ist durchaus auch die unentgeltliche¹²⁸ Zurverfügungstellung von Geschäftsräumlichkeiten durch den Kommanditär denkbar. Jedenfalls aber, dies sei hier

¹²³ Vgl. u.a. BECKER, N.3 zu Art. 531 OR, SIEGWART, N.4 zu Art. 531 OR mit weiteren Zitaten.

¹²⁴ Zu den Möglichkeiten der vertraglichen Ausgestaltung TSCHUDI, 160 ff.

¹²⁵ Vgl. auch VON STEIGER, 371.

¹²⁶ Übrigens wären als absolut gleiche Beiträge höchstens Geldleistungen denkbar, vgl. SIEGWART, N.38 zu Art. 531 OR.

¹²⁷ Sehr einseitig PATRY, Précis, 329, 332, immer auf die «analoge» Stellung des Aktionärs verweisend, s.a. SIMON, 14, StenBullNR 1934/236; unzutreffend WULKAN, 10, mangels Unterscheidung von Kommanditsumme und Kommanditeinlage; LEHMANN/DIETZ, 192, 207, WIEDEMANN, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, 1037. – Wie hier CHRIST, 42 f., s.a. nachst. § 3, Fn.30.

¹²⁸ Als wesentliches Indiz für die Auffassung als Beitrag, so BECKER, N.1 zu Art. 531 OR.

der Klarheit halber erneut betont, stellt sich auch die Frage nach der Art einer Einlageverpflichtung für den Richter nur, falls der Kommanditär nach Vertrag oder allenfalls gemäss richterlichem Vorentscheid überhaupt einen Vermögensbeitrag leisten soll, und nicht die reine Haftungsübernahme oder ein sonstiger rein persönlicher Beitrag genügen kann.

Als Beiträge in Frage kommen kurz zusammengefasst¹²⁰ Leistungen in bar, bestimmt oder bestimmbar, Verpflichtungen zur Tilgung der Bareinlage durch Verrechnung mit einer individualrechtlichen Forderung des Kommanditars gegen die Gesellschaft¹²¹ bzw. durch Einbringung einer Forderung gegen einen Dritten,¹²² weitere Sacheinlagen aller Art,¹²³ persönliche Leistungen wie z.B. Arbeitsleistungen,¹²⁴ Unterlassungen, sofern sie qualifiziert sind, d.h. der Gesellschaft etwas bringen, das ihr nicht schon von Gesetzes wegen zusteht,¹²⁵ unter Umständen ein Verzicht, nämlich wenn dadurch der Gesellschaft wiederum Vermögen zugeführt oder belasten wird. Die Mittragung von Verlusten nach innen wird ebenfalls teilweise erwähnt,¹²⁶ muss aber wohl bei einem Kommanditär insbe-

¹²⁰ S.a. die ausführliche Darstellung bei VON DER WEID, 29 ff.

¹²¹ Vgl. HARTMANN, N. 7 zu Art. 598, N. 23 zu Art. 531 OR, BSC. 1009, 56, BGE 27 II 36, 35 II 642, 42 III 493 f., ZBIV 40 (1904/96). Diese Verrechnungstform ist häufig bei Samerungen, vgl. z.B. BSC. 1010, 67, SCHENKE, 21. Intern ist jedenfalls der Nennwert bzw. der von den Gesellschaftern anerkannte Wert massgebend – die Frage nach dem effektiven, wahren Wert stellt sich erst auf der Haftungsebene, vgl. § 11, VIII 2. Die Notwendigkeit einer Unterscheidung der beiden Beitragsarten erkennt SCHENKE, 353, in seiner Kritik am Bundesgesetz, auch seine Berufung auf den unpublizierten BGE der II. Zivilabteilung vom 29. Nov. 1910 i.S.S.P.M. gegen P & Cie. – geht aus diesem Grunde fehl.

¹²² Vgl. z.B. WULKAN, 117 ff., SAGIN, 48, KÖNIGTUM, 132, so schon BGE 27 II 37. – Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Verrechnungsarten wird insbes. bezüglich Kommanditär meist übersehen, auch im HReg. (gemäss Auskunft beim HReg. ZH) nicht getroffen – wohl weil die Verrechnung ausschliesslich im Zusammenhang mit der Haftungsbefreiung (= Liberierung der Kommanditsumme, vgl. Kolonne 32 im HReg.) betrachtet und dabei die Rechtsnatur als *Beitrag* zu wenig erkannt wird.

¹²³ Dazu nachst. Ziff. 2, ebenso zur Frage, ob Einlagen durch Verrechnung überhaupt zu den Sacheinlagen gehören (Ziff. 2.2).

¹²⁴ Vom gelegentlichen Rat bis zum Arbeitsvertrag, an sich auch reine Verpflichtungen dazu – v.S. SYLVA, 379, s.a. TSCHUDI, 38, WULKAN, 152, speziell für den Kommanditär, da dieser gewöhnlich nur Geschäftsführung nicht verpflichtet ist, s.a. PARRY, *Precis*, 340. BSC. 1009, 67 – Haftungsbefreiend aber wirken auch sie nur insofern, als sie das Gesellschaftsvermögen vermehren, d.h. sofern der Lohn im Gesellschaftsvermögen belassen wird, ähnlich WOLFF, 544, HARTMANN, N. 7 zu Art. 598 OR, vgl. nachst. § 11, VIII 2. Sofern ihrerseits einen bestimmten Sachwert verkörpernd, z.B. Bauprojekt, gilt sie als Sacheinlage, vgl. nachst. § 11, VIII 2.

¹²⁵ Wie z.B. das in der Revision unstrittene, aber gemäss Art. 598 II i.V. mit Art. 561 OR auch für den Kommanditär geltende Konkurrenzverbot. Vgl. dazu TSCHUDI, 70 ff., WULKAN, 174.

¹²⁶ Vgl. VON STEIGER, 369, SIEGWART, N. 29 zu Art. 531 OR.

sondere zumindest den Betrag der vereinbarten Kommanditeinlage¹³⁶ überschreiten, damit er als Beitrag gewertet werden kann. Minimal, aber wie dargelegt genügend und beim Kommanditär auch recht häufig, ist schliesslich die reine Übernahme der Haftung im Aussenverhältnis. – Auch die zuletzt erwähnten persönlichen Leistungen des Kommanditars können, müssen aber nicht, für die konkrete KG einen Geldwert besitzen, also einen vermögenswerten Beitrag darstellen. Übertragbarkeit des Vermögenswertes ist somit¹³⁷ nicht unerlässliche Voraussetzung für die Anerkennung als vermögenswerter Beitrag.

Haftungsbefreiend allerdings – und dies ist letztlich ja immer die für den Kommanditär und auch für den Gläubiger wesentliche Frage – wirken ausschliesslich vermögenswerte Beiträge, die das Gesellschaftsvermögen zudem echt, d.h. objektiv vermehren. Eine allfällig unter den Gesellschaftern, sowohl grundsätzlich als auch wertmässig anerkannte Beitragsleistung gilt wohl intern,¹³⁸ befreit jedoch den Kommanditär im Aussenverhältnis nicht automatisch, insbesondere auch nicht ohne weiteres in dem von den Gesellschaftern intern festgelegten Ausmasse von seiner persönlichen Haftung.¹³⁹ – Die beiden Ebenen müssen grundsätzlich auch im Bereich der nachfolgend behandelten Sacheinlagen unterschieden werden. Doch ist eine gewisse Vermischung der internen und externen – haftungsbefreienden – Bedeutung daselbst schon vom Gesetz vorgezeichnet.

2. Sacheinlagen des Kommanditars

Als Sacheinlage ist zu bezeichnen, was von einem Kommanditär bei Gründung oder zu einem späteren Zeitpunkt in die Gesellschaft als Kommanditeinlage eingebracht wird, nicht in Geld besteht, aber einen Wert besitzt und einerseits der Gesellschaft zur Zweckerfüllung, anderseits den Gesellschaftsgläubigern als Haftungssubstrat dienen kann.¹⁴⁰

¹³⁶ Im Sinne der hier vertretenen gesetzlichen Begrenzung der definitiven Verlusttragung, vgl. Art. 601 I OR, s. nachst. § 10, II 1.

¹³⁷ Entgegen SIEGWART, N.4 zu Art. 531 OR – zu den Voraussetzungen der Übertragbarkeit und Verwertbarkeit, vgl. auch nachst. Ziff. 2.2.

¹³⁸ Vgl. Fn.103 vorst.

¹³⁹ Klare Unterscheidung der intern- von der externrechtlichen Auswirkung des Beitrags bei PATRY, Précis, 338.

¹⁴⁰ Ähnlich WOHLMANN, 335, für die GmbH. Gem. SIMON, 61, sind Sacheinlagen all diejenigen Einlagen, die von der Gesellschaft besonders bewertet werden müssen.

2.1 Eintragungspflicht (Art. 596 III OR)

Allfällige Sacheinlagen des Kommanditärs erfahren im Gesetz eine gesonderte Behandlung. Sie hängt damit zusammen, dass bei dieser Form der Beitragsleistung der Haftungsgesichtspunkt von Anfang an berücksichtigt wird. Zwar sind die Mitglieder der KG frei, den Rechtstitel¹⁴¹ sowie insbesondere den Wert der mit dem Kommanditär vereinbarten Sacheinlagen festzulegen und, soweit überhaupt bereits geleistet, entsprechend bei seinem Kapitalkonto einzubuchen. Zusätzlich ist jedoch diese¹⁴² Sacheinlage unter ausdrücklicher Bezeichnung¹⁴³ sowie Angabe des vereinbarten Wertansatzes ins Handelsregister eintragen zu lassen;¹⁴⁴ entweder gleichzeitig mit der Eintragung der Gesellschaft als solcher, bei späterer Vereinbarung einer Sacheinlage bzw. bei späterem Beitritt des Kommanditärs unter Vereinbarung einer Sacheinlage zu jenem Zeitpunkt.¹⁴⁵ Dies verlangt Art. 596 III OR. Der Begriff der «Kommanditsumme» ist hier allerdings einmal mehr fehl am Platze; es geht, wie der Gesetzestext in der Folge selbst festhält, um die Eintragung der Sacheinlage, also eines Internums.¹⁴⁶

Daneben und unabhängig davon ist auch der Haftungsbetrag, die eigentliche Kommanditsumme, wie üblich zu publizieren (Art. 596 II, Ziff. 2 OR). Eine solche klare doppelte Eintragung ist vor allem auch dann wichtig, wenn die Einlage nur zum Teil in Form einer Sacheinlage erfolgte. Diese an sich im Recht der KG selbstverständliche Möglichkeit¹⁴⁷ sieht denn auch das Gesetz in Art. 596 III OR ausdrücklich vor («... nicht

¹⁴¹ Quoad dominium, quoad usum etc., vgl. dazu noch nachst. Ziff. 2.2.

¹⁴² Bereits eingebrachte oder noch einzubringende – der HReg-Eintrag gibt über die Frage, ob die Sacheinlage bereits geleistet wurde, keine Auskunft, vgl. nachst. im Text. Missverständlich HARTMANN, N.13 zu Art. 596 OR a.A., wie hier jedoch a.a.O., a.E.

¹⁴³ Eine detaillierte Aufzählung der eingebrachten Gegenstände ist nicht erforderlich – vgl. HARTMANN, N.10 zu Art. 596 OR. Sofern Vermögenskomplexe Gegenstand der Sacheinlage sind, dienen Belege (Inventare, Bilanzen) der Vervollständigung des Eintrags, vgl. VON STEIGER, 606, JAQUEROD/VON STEIGER, 147.

¹⁴⁴ Diesbezüglich unzutreffend VON STEIGER, 633 N.20: HReg. gebe nur Haftungssumme wieder.

¹⁴⁵ Vgl. HARTMANN, N.12 zu Art. 596 OR, SIEGWART, N.6 zu Art. 596/97 OR, FUNK, N.7 zu Art. 596 OR.

¹⁴⁶ Richtig noch «Kommanditeinlage» in E I Art. 598 III, E II Art. 610 III, s.a. den Bezug zu Art. 608 III («eingebracht» wird nur eine Einlage, nicht eine Haftsumme) und Art. 610 II OR; im gl.S. HARTMANN, N.8 zu Art. 596 OR, Siegwart, N.4 ff. zu Art. 596/97 OR, VON STEIGER, 604, N.15, ausnahmsweise missverständlich auf S.634 («Kommandite»). Vgl. hierzu den Textvorschlag (Art. 596 III OR) de lege ferenda, nachst. im Schlusswort.

¹⁴⁷ Da keine Einlageleistungspflicht gegeben, vgl. vorst. II, III 2.

oder nur teilweise in bar... »).¹⁴⁸ Das Handelsregister des Kantons Zürich beispielsweise ermöglicht eine Doppeleintragung durchaus, leider in einer einzigen, allerdings breiten Kolonne (32) und zudem mit der – unstatthafte Assoziationen zur Einlagepflicht eines Aktionärs erweckenden – Überschrift «Kommanditsumme, allfällige Liberierung¹⁴⁹ derselben oder eines Teils derselben durch Sacheinlagen oder Verrechnung».¹⁵⁰ Klarer und richtiger wären zwei Kolonnen, je mit der Überschrift: «Kommanditsumme» einerseits, «Sacheinlagen» (eventuell «Kommanditsacheinlagen») anderseits. Die beiden Eintragungen haben nämlich eine völlig unterschiedliche Bedeutung.¹⁵¹

Die Eintragung der *Kommanditsumme* beinhaltet das Versprechen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, irgendwann, spätestens bei Auflösung der Gesellschaft eine Leistung im entsprechenden Umfang als Einlage in das Gesellschaftsvermögen zu erbringen – bei Auflösung nur noch in Form von Geld.¹⁵² Die Eintragung einer *Sacheinlage* hingegen enthält die Feststellung des Kommanditärs, dass er die Leistung einer Sacheinlage mit der Gesellschaft bzw. mit den Mitgesellschaftern vereinbart,¹⁵³ sowie die – widerlegbare (Art. 608 III OR) – Behauptung, dass die Sacheinlage den eingetragenen Wert, und zwar im Zeitpunkt des Einbringens,¹⁵⁴ tatsächlich gehabt habe.

Das Erfordernis der Publikation eines Internums läuft nun aber dem Wesen der KG als einer Personengesellschaft völlig zuwider.¹⁵⁵ Es bedeutet

¹⁴⁸ Vgl. auch HARTMANN, N.9 zu Art. 596 OR.

¹⁴⁹ Zur Kritik an diesem Begriff und dem eher verständlichen, weniger gefährlichen franz. Sprachgebrauch vgl. nachst. § 11, VIII 2. Er scheint leider sehr verbreitet, v.a. in Handelsregisterkreisen, vgl. auch REBSAMEN/SCHMID, z.B. 3.1.4, 3.1.2 inkl. Anm. 6, REBSAMEN, 32, JAQUEROD/VON STEIGER, 145 ff., s. aber auch z.B. OGer.AG in SJZ 34(1937/38)204 (37).

¹⁵⁰ Zur Problematik der mangelnden Unterscheidung zwischen der Einlage *durch* Einbringung einer Forderung und der Verrechnung der Einlageverpflichtung *mit* einer Forderung vgl. vorst. Fn.130 ff.

¹⁵¹ Vgl. zur Unterscheidung der Grundbegriffe Kommanditsumme/Kommanditeinlage vorst. II.

¹⁵² Vgl. dazu auch nachst. § 11, VI 1.

¹⁵³ Ev. erst im Zusammenhang mit einer Erhöhung der Kommanditsumme, so ausdrücklich KS des EJPD vom 20.8.1937.

¹⁵⁴ Zur Problematik der späteren Entwertung vgl. direkt nachst., sowie unter § 11, VIII.

¹⁵⁵ Das deutsche Recht kennt keine entsprechende Bestimmung. Gemäss HUECK, 145, ist jedoch bei nicht in Geld bestehenden Einlagen ebenfalls deren objektiver Wert, nicht der von den Gesellschaftern vereinbarte Betrag massgebend, gl. SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 13 und 14 zu § 171 HGB; gl. im Hinblick auf die Haftungsbefreiung, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1173, FELIX, 491 f.; nicht unumstritten und auch nicht unproblematisch im deutschen Recht *de lege lata*.

einen Einbruch in die Getrenntheit und Unabhängigkeit von Innen- und Aussenverhältnis, einen Einbruch in die Maxime auch, dass Personengesellschaften nicht öffentlich Rechnung abzulegen haben, d.h. dass den Gläubiger die Interna der Gesellschaft nichts angehen.

Entsprechend gross war der Widerstand gegen diese Vorschrift im Rahmen der Beratungen der Expertenkommission und des Parlamentes.¹⁵⁶ Auch die Kommentatoren HARTMANN und SIEGWART wehrten sich nachträglich gegen die neu eingeführte Bestimmung:¹⁵⁷ «eine bei Personengesellschaften ganz ungewöhnliche und lästige Publizität von internen Angelegenheiten».

Die vermeintlich notwendige und sinnvolle Analogie mit der Behandlung der «Apports» bei den Kapitalgesellschaften, insbesondere der AG (Art. 628 I, Art. 641 Ziff. 6 OR), aber auch der GmbH (Art. 778, 781 Ziff. 6) und der Genossenschaft (Art. 833 Ziff. 2, 835 IV OR) mag auf den ersten Blick blenden,¹⁵⁸ erweist sich aber bei näherer Betrachtung als ungerechtfertigt, unnötig und illusorisch.

Die Anlehnung an die genannten Gesellschaftsarten entbehrt vorweg der Berechtigung, weil die Haftungsverhältnisse grundlegend andere sind.¹⁵⁹

Sie ist insbesondere nicht notwendig, denn die KG kennt im Unterschied zu den erwähnten Kapitalgesellschaften die (subsidiäre) persönliche, beschränkte oder unbeschränkte Haftung ihrer Mitglieder. Demgegenüber ist bei der AG eine Haftung der Aktionäre völlig ausgeschlossen, bei der Genossenschaft regelmässig nicht bestehend, bei der GmbH nur beschränkt gegeben.¹⁶⁰ Die Unterscheidung zwischen Bar- und Sacheinlagen

¹⁵⁶ Im Rahmen der Beratungen der Expertenkommission wurden beide Bestimmungen, sowohl E II Art. 610 III (heute Art. 596 III OR) als auch E II Art. 624 III (heute Art. 608 III OR) gestrichen, später aber wieder eingefügt (ProtExpKomm, 130 f., 163 ff.). Der Ständerat (StenBullStR 1931/161 f., 164) und die Kommission des Nationalrates (StenBullNR 1934/236 f.) fand, dass Art. 608 III E III (= revOR) genüge, da der Gesellschaftsgläubiger viel eher an der Haftungsgrenze als an Art und Umfang der Einlage interessiert sei, Art. 596 III (= revOR) hingegen kompliziert und überflüssig sei. Letztlich wurde der Belassung zugestimmt, weil dadurch die Beweisführung über den Wert der Sacheinlage erleichtert sei (StenBullNR 1935/163). Zur Entstehungsgeschichte und den gegensätzlichen Argumenten im einzelnen vgl. HARTMANN, N.7 zu Art. 596 OR, VON STETTLER, 605. — Lob für die «zweckmässige neue Bestimmung» bei FICK, Handelsgesellschaften, 27 (betr. E I Art. 598 II).

¹⁵⁷ So SIEGWART, N.4 zu Art. 596/97 OR, s.a. HARTMANN, N.7 zu Art. 596 OR.

¹⁵⁸ S.a. A. WIELAND in ProtExpKomm, 130.

¹⁵⁹ S.a. HARTMANN, N.7 zu Art. 596 OR.

¹⁶⁰ Vgl. SIEGWART, N.4 zu Art. 596/97 OR.

spielt daher bei der KG a priori nicht dieselbe gewichtige Rolle wie z. B. bei der AG.¹⁶¹

Die Analogie ist überdies illusorisch. Sie verführt den Gläubiger einer KG allenfalls zu unbegründeten Hoffnungen. Hierauf ist näher einzugehen.

Vorab ist die Angabe- und Bewertungsvorschrift bei der (kaufmännischen) KG nur Ordnungsvorschrift,¹⁶² wie die übrigen Eintragungsvorschriften bei der KG – im Gegensatz zu den Gültigkeitsvorschriften bei der AG. Entsprechend dürftig sind die Sanktionen.¹⁶³ Die Unterlassung der Eintragung hat insbesondere keineswegs die Ungültigkeit der betreffenden Vereinbarungen und der allenfalls bereits eingebrachten Sacheinlagen zur Folge.¹⁶⁴ Allerdings hat der Kommanditär wie jeder Gesellschafter das Recht, die Eintragung zu fordern bzw. zu veranlassen, dass sie zwangsmässig erfolgt.¹⁶⁵ Der Kommanditär wird denn die Eintragung der KG an sich in den meisten Fällen auch verlangen, im Interesse seiner erst dadurch vollkommenen Haftungsbeschränkung.¹⁶⁶ Der Eintrag der Sacheinlage an sich hat für ihn hingegen eine wesentlich geringere Bedeutung, verbessert sie doch nur seine beweismässige Stellung im Zusammenhang mit der Haftungsbefreiung und zwar in kleinem Umfange.¹⁶⁷ Weder der Umfang seiner Haftung noch derjenige seiner Haftungsbefreiung werden durch die Eintragung der Sacheinlage letztlich berührt. Eine richtige Bewertung vermag seine Haftung nicht zu verschärfen, eine unrichtige nicht zu vermindern, da der Kommanditär im Rahmen der Überbewertung¹⁶⁸ – sofern durch den Gläubiger nachweisbar (Art. 608 III OR) – sowieso

¹⁶¹ Vgl. auch nachst. Ziff. 2.2. wie hier OSTERTAG in ProtExpKomm, 164; zur Sacheinlage bei der AG und GmbH vgl. z. B. SCHOOP, 4 f., 7, BAUMANN, 8, II ff.

¹⁶² Vgl. VON STEIGER, 606, HARTMANN, N.14 zu Art. 596 OR, RAUCH, 50.

¹⁶³ Vgl. SIEGWART, N.7 zu Art. 596/97 OR, ders. zu gewissen indirekten Sanktionen in N.2 zu Art. 554/56 OR.

¹⁶⁴ Vgl. HARTMANN, VON STEIGER, je a.a.O., RAUCH, a.a.O., – u.U. jedoch eine Schadenersatzpflicht der Gesellschafter gegenüber Dritten, gestützt auf Art. 942 OR, vgl. HARTMANN, N.14 zu Art. 596 OR, RAUCH, a.a.O., sowie S.90.

¹⁶⁵ Art. 941, 943 OR, HRegV Art. 57 und Art. 60. Gemäss HARTMANN, N.12 zu Art. 596 OR, His, N.84 zu Art. 932 OR ist hiezu auch der Gläubiger berechtigt; a.A. SIEGWART, N.7 zu Art. 596/97 OR.

¹⁶⁶ Vgl. SIEGWART, N.2 zu Art. 596/97 OR, nachst. § 11, VI 1. und 2.

¹⁶⁷ Dazu noch nachst. im Text, s.a. SIEGWART, N.7 zu Art. 596/97 OR, VON STEIGER, 605, a.A. offenbar HARTMANN, N.19 zu Art. 608 OR, RAUCH, 50, GUHL, Ergebnisse der Beratungen, 101.

¹⁶⁸ Welche an sich in einer KG selten sein wird, da der unbeschränkt haftende Komplementär kein Interesse an zusätzlichen Risiken hat, vgl. SIEGWART, N.13 zu Art. 610/12 OR, BISCHOFF, 85.

haftbar bleibt.¹⁶⁹ Insofern ist der Gläubiger einer KG besser gestellt als derjenige einer AG.¹⁷⁰

Aber auch wenn die Sacheinlage zum Eintrag angemeldet wurde, bleibt doch die Prüfungsbefugnis des Handelsregisterführers im Falle der KG als einer Personengesellschaft stark reduziert. Der Gesellschaftsvertrag als Internum ist ihm von Gesetzes wegen nicht einmal vorzulegen.¹⁷¹ Er hat somit insbesondere keinerlei Anhaltspunkte, um die Angemessenheit der Bewertung¹⁷² zu überprüfen¹⁷³, sondern muss sich auf die Kontrolle der klaren Bezeichnung der einzubringenden Werte beschränken.¹⁷⁴ Allerdings beinhalten Bewertungen ganz grundsätzlich immer wieder schwierige Ermessensentscheide. Vor allem kann auch bei grundsätzlich zutreffender Bewertung nicht vermieden werden, dass spätere Wertschwankungen eintreten (besonders ausgeprägt bei Wertpapieren, Patenten), der punktuell festgelegte Wert einer Sacheinlage unter Umständen schon am Tage nach der Eintragung beträchtlich sinken kann. In solchen Fällen ist der

¹⁶⁹ Vgl. SIEGWART, N.7 zu Art. 596/97 OR, nachst. § 11, VIII, IX, 2.4.3.1.2. – Intern bleibt die getroffene Bewertung massgebend, so auch PATRY, Précis, 339, SIMON, 75 f., BISCHOFF, 87; KLAUSS/MITTELBACH, 173, Anm. 286; s.a. Fn.103 vorst.

¹⁷⁰ So auch SIEGWART, N.13 zu Art. 610/12 OR. Vgl. jedoch zur Haftung der Gründer für Überbewertungen SCHOOP, 77 ff., des Verwaltungsrates, dies. S.97 ff., 105-107, der Kontrollstelle, dies. 107 ff.

¹⁷¹ So ausdrücklich Interne Weisung des Handelsregisteramtes ZH vom 5.6.1981, S.6, s.a. KOLLER, 100, SCHNEIDER, 284, wonach sich die Prüfungspflicht des Registerführers aufgrund von Art. 940 OR auf die Einhaltung *zwingenden* Rechts beschränkt, gl. SCHNEIDER, 165, 269 ff., etwas abgeschwächt HIS, N.19 i.V. mit N.27 zu Art. 940 OR, JANGGEN/BECKER, Berner Kommentar zum Recht der GmbH, N.1 zu Art. 781 OR, s.a. FORSTMOSER, Atypische Genossenschaften und Vereine, 147, 1.Sp. Entsprechend ist die registerrechtliche Prüfungsmöglichkeit bei der AG wesentlich ausgedehnter, vgl. SCHOOP, 92 ff., denn die Kapitalschutzvorschriften beinhalten zwingendes Recht; im Vergleich zu SCHOOP einschränkend FORSTMOSER, a.a.O., 147.

¹⁷² Auch bezüglich der materiellen Voraussetzungen einer Einlageleistung durch Verrechnung, so ausdrücklich betr. KG die Interne Weisung des Handelsregisteramtes ZH vom 5.6.1981, S.6.

¹⁷³ Vgl. SIEGWART, N.6 zu Art. 596/97 OR, HARTMANN, N.11 zu Art. 596 OR, VON STEIGER, 606 – dies allerdings grundsätzlich ähnlich wie bei der AG, (s.a. HIS, N.47 zu Art. 940 OR, BAUMANN, 104 ff.) – ein häufig kritisierten Zustand, vgl. z.B. VON GREYERZ, SPR, 68/92 inkl. Zitate in N.17, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, § 8, N.12, SCHOOP, 95. Vgl. immerhin die Ausführungen von SCHNEIDER, 289 ff., insbes. 302, betr. die Überprüfung der materiellen Richtigkeit der Eintragungen, s.a. BOHLER, 11 (Befürwortung des Untersuchungsgrundsatzes bei der AG), zweifelnd JANGGEN/BECKER, a.a.O. insbes. betr. Überprüfung der Bewertung von Sacheinlagen bei der GmbH; klare Ablehnung der Wahrheitsprüfung im Hinblick auf Bewertungen bei BAR, Kognitionsbefugnisse, 425.

¹⁷⁴ Vgl. VON STEIGER, 606.

Eintrag geradezu irreführend,¹⁷⁵ denn die Haftung des Kommanditärs lebt nicht etwa automatisch im Umfange der Wertverminderung wieder auf, d.h. auch die Leistung einer nachträglich durch Wertverluste verminderten Sacheinlage befreit ihn grundsätzlich – immer unter dem Vorbehalt der richtigen Bewertung im Zeitpunkt des Einbringens (Art. 608 III OR) – endgültig von seiner Haftung.¹⁷⁶ Wohl um diesen Gegebenheiten Rechnung zu tragen, wurde im Rahmen der Revision von seiten einer Handelskammer vorgeschlagen,¹⁷⁷ es sei der Eintrag einer Sacheinlage¹⁷⁸ allfälligen Verminderungen anzupassen. Eine derartige laufende Berichtigungs- und ständige öffentliche Rechnungsablagepflicht kennen auch die Kapitalgesellschaften nicht. Sie wäre insbesondere für eine KG, deren Innenleben die Dritten grundsätzlich überhaupt nichts angeht, unzumutbar¹⁷⁹ und auch praktisch undurchführbar.¹⁸⁰

Auch wenn die Eintragung erfolgt, die Bewertung angemessen ist, hat der Eintrag eine äusserst geringe Bedeutung. Er besagt einmal nicht, dass

¹⁷⁵ Vgl. die entsprechenden Bedenken von Carl WIELAND, ProtExp.Komm, 120, s.a. StenBullStR 1931/162.

¹⁷⁶ Dasselbe gilt übrigens – wiederum nur grundsätzlich – bei bilanzmässiger Verminderung einer Kommanditbareinlage zufolge erlittener Geschäftsverluste. – Zum indirekt mit Wertverminderingen und Geschäftsverlusten zusammenhängenden Aufleben der Haftung als Folge von Bezügen, die in Abweichung von der gesetzlichen Bezugsbeschränkung getätigt worden waren, vgl. nachst. § 11, VIII 4.2.1 und 4.2.2.

¹⁷⁷ Ber.II, 23; vgl. dazu auch unter § 11, VI 1.

¹⁷⁸ Unter anderem – es wurde der Eintrag jeglicher Einlage, auch der Bareinlage, und die Anpassung dieses Eintrags an jegliche Verluste – d.h. auch Verminderungen des Kapitalanteils zufolge weiterer Geschäftsverluste – gefordert, eine eigentliche Buchführung des Handelsregisterführers im Handelsregister also! – Das fehlende Verständnis für den internen Charakter einer Einlage gipfelte darin, dass offenbar von privater Seite sogar versucht wurde, die Einlage des Kollektivgesellschafters eintragen zu lassen! Befürwortend SPEISER, 331 f.

¹⁷⁹ HOFFMANN, Ber.II, 23, spricht von einer *«unerträglichen Gefährdung des geschäftlichen Kredits»* bzw. einem *«indirekten Zwange gegenüber dem Kommanditär, seine Einlage aufzufüllen und damit über die von ihm gewollte Haftgrenze hinaus zu gehen»*; vgl. auch SIEGWART, N.4 zu Art. 596/97 OR.

¹⁸⁰ Hierin und nicht, weil das Handelsregister «nur die Haftsumme» wiedergebe, so VON STEIGER, 633, N.20, liegt die Ablehnung der Angabe von Wertverminderingen bei Sacheinlagen, vgl. auch SIEGWART, N.21 zu Art. 610/12 OR. Unzutreffend die Ausführungen von HUMMLER, 57, wonach die «Publizität des tatsächlich haftenden Vermögens» in den Vordergrund tritt und sich die «Veränderungen im Bestand dieses haftenden Kapitals» nicht mehr ganz der Kenntnis der Öffentlichkeit entziehen dürfen.

die Sacheinlage geleistet worden sei,¹⁸¹ sondern nur, dass der Kommanditär der *Gesellschaft*, den Mitgesellschaftern, die Leistung eines solchen Vermögenswertes versprochen habe.¹⁸² Der Kommanditär *kann* die Sacheinlage geleistet haben, muss aber nicht. Ob er geleistet hat, geht die Gläubiger nichts an. Die Tatsache der allfälligen *Leistung* der Sacheinlage spielt im Verhältnis Gläubiger/Kommanditär nur für den *Kommanditär* eine Rolle, indem er sich auf die allenfalls *erfolgte* Leistung berufen und sich damit insoweit grundsätzlich – Bewertungsfragen ausgenommen – von seiner durch die Kommanditsumme begrenzten Haftung befreien kann. Ein Gläubiger kann die Leistung der betreffenden Sacheinlage entsprechend niemals fordern, sondern nur die Gesellschaft, allenfalls die Mitgesellschafter.¹⁸³

Mit anderen Worten kann durch Art. 596 III OR keineswegs die Verpflichtung des Kommanditärs den Gläubigern gegenüber, die genannte Einlage wirklich in das Gesellschaftsvermögen zu leisten, erzwungen werden. Eine solche Pflicht existiert ausserhalb des Gesellschaftsvertrages nicht.¹⁸⁴ Die vorliegend behandelte Eintragungspflicht bedeutet also auch nicht etwa die Garantie eines Teils des Grundkapitals, im Sinne einer Garantie der Aufbringung desselben.¹⁸⁵

Der Eintrag sagt des weiteren nichts darüber aus, ob allfällig geleistete Sacheinlagen nicht etwa später wieder durch den Kommanditär zurückgenommen worden seien.¹⁸⁶ Die Gesellschaftsgläubiger haben jedenfalls keinerlei Anspruch darauf, dass die Einlagen des Kommanditärs, darin inbegriffen allfällige Sacheinlagen, der Gesellschaft belassen werden. Das Recht der KG, der Personengesellschaften überhaupt, kennt kein Verbot

¹⁸¹ So auch BISCHOFF, 34, 107, widersprüchlich jedoch S.37, sowie S.88. Vgl. die treffende Interne Weisung des Handelsregisteramtes ZH vom 5.6.1981, wonach in Zukunft statt «ist durch ...liberiert» (zur Kritik des Begriffes «Liberierung» im vorstehenden Zusammenhang s. nachst. § 11, VIII 2) «*wird durch...* liberiert» einzutragen sei. – Gl. offenbar SCHOOP, 174, für den Gesellschafter bei der GmbH.

¹⁸² Zutreffend VON STEIGER, 594, vgl. auch 604: Einzutragen sind in Sachwerten «zu erbringende» Kommanditeinlagen, dito 606, zumindest missverständlich HARTMANN, N.19 zu Art. 608, N.13 zu Art. 596 OR.

¹⁸³ So auch HARTMANN, N.18 zu Art. 608 OR, vgl. nachst. VI, sowie § 11, IX 2.2.

¹⁸⁴ Deutlich HOFFMANN, Ber.II, 23, vgl. vorst. II, III 2.

¹⁸⁵ Vgl. für die AG FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, § 1, N.24, § 3, N.31, § 7, N.10, § 29, N.19, VON GREYERZ, 66 ff., unvorsichtig mit dem Begriff des Grundkapitals operierend GUHL/MERZ/KUMMER, 6.A., 557, etwas abgeschwächt 7.A., 594. Vgl. auch SIEGWART, N.2 zu Art. 570 OR, sowie nachst. § 2, V, 1.2, 1.3.1.

¹⁸⁶ So auch BISCHOFF, 33. – Art. 937 OR sowie Art. 59 HRV, wonach Änderungen der eingetragenen Tatsachen ihrerseits einzutragen sind, sind wiederum reine Ordnungsvorschriften.

der Einlagerückgewähr und damit auch kein Gebot der Kapitalerhaltung – in scharfem Gegensatz zur AG.¹⁸⁷ Aufgrund einer Vereinbarung unter den Gesellschaftern kann vielmehr jegliche Einlage, auch die publizierte Sacheinlage des Kommanditärs, jederzeit zurückerstattet oder z.B. auch in eine Bareinlage umgewandelt werden. Ein anderes ist die Frage seiner Haftung. Diese lebt unter Umständen im entsprechenden Umfange wieder auf.¹⁸⁸

Erneut und im Sinne einer Zusammenfassung ist festzuhalten: Die Gesellschaftsgläubiger einer KG haben weder ein Recht darauf, dass ein Gesellschaftsvermögen geschaffen noch dass es erhalten wird. Derartige Garantien sind im Rechte der Personengesellschaften nicht vorgesehen und mit ihrem Wesen auch nicht vereinbar. An deren Stelle stehen die, beschränkten oder unbeschränkten, Haftungen der Gesellschafter. Diese Aussage gilt – es sei wiederholt und betont – ohne jede Einschränkung auch für den Kommanditär. Auch der Kommanditär haftet den Gesellschaftsgläubigern gegenüber immer und ausschliesslich nur mit seiner im Handelsregister ebenfalls eingetragenen und publizierten Haftsumme, d.h. mit dem Betrag der Kommanditsumme – nur darauf bezieht sich sein Leistungsversprechen gegen aussen –, die mit dem Umfang der publizierten Sacheinlage keineswegs übereinstimmen muss. Er haftet den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht und niemals für die *Leistung* oder *Belassung* (bzw. Aufbringung oder Erhaltung) eines bestimmten Einlagekapitals.¹⁸⁹ Mit anderen Worten: auch der Kommanditär ist Personengesellschafter und nicht etwa ein verkappter Kapitalgesellschafter, auch kein «Aktionär sui generis».¹⁹⁰ An diesen Grundtatsachen, die nicht genügend hervorgehoben werden können, vermag auch die Eintragungspflicht von Art. 596 III OR nichts zu ändern.

Die Aufzählung der durch die Vorschrift von Art. 596 III OR allenfalls geweckten, aber nicht erfüllten bzw. erfüllbaren Hoffnungen ist lang. Kurz fällt dagegen deren positive Seite aus.

¹⁸⁷ Vgl. für die AG Art. 680 II OR, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, § 1, N.26, § 3, N.31, § 29, N.21 ff., VON GREYERZ, 69, vgl. nachst. § 2, V 1.2, § 11, VIII 4.1.

¹⁸⁸ Dazu ausführlich nachst. § 11, VIII 4.1.

¹⁸⁹ Entsprechend trifft den Kommanditär weder das Verzinsungsverbot von Art. 675 I OR, vgl. nachst. § 3, II, noch das für die AG und die Genossenschaft geltende Verrechnungsverbot im Konkurs, Art. 213 IV SchKG, vgl. nachst. § 11, IX 2.4, insbes. 2.4.3.1.3.

¹⁹⁰ Wie von einem Ständerat behauptet wurde, vgl. StenBullStR 1931/240. Gefährlich daher die starke Betonung der Analogie zwischen Kommanditär und Aktionär bei PATRY, Précis, 332, 341 f., 350.

Die Eintragungspflicht für Sacheinlagen hat ihre Bedeutung einzig in Verbindung mit Art. 608 III OR,¹⁹¹ nämlich im Zusammenhang mit der Geltendmachung der Haftung gegenüber dem Kommanditär,¹⁹² und zwar insbesondere bezüglich der Frage des Umfanges der noch offenen Haftung – vom Gläubiger her gesehen – bzw. des Umfanges der Haftungsbefreiung – vom Kommanditär her gesehen.¹⁹³

Durch die Eintragung hat der Gläubiger einen gewissen Anhaltspunkt dafür, wie die vereinbarte Sacheinlage des Kommanditärs im Zeitpunkt der Anmeldung von der Gesellschaft bewertet worden war.¹⁹⁴ Er kann allenfalls verhindern, dass sich der Kommanditär auf den betreffenden Betrag im Sinne einer Haftungsbefreiung beruft. Dem Gläubiger verbleibt im einzelnen der Beweis:¹⁹⁵

- dass der Kommanditär die eingetragene Sacheinlage nicht bzw. eine andere erbracht habe,¹⁹⁶
- dass sich der Wert der Sacheinlage im Zeitraum zwischen der Eintragung und dem tatsächlichen Einbringen ins Gesellschaftsvermögen, d.h. der tatsächlichen Leistung durch den Kommanditär,¹⁹⁷ verändert habe, wobei den Gläubiger nur eine Verminderung interessieren wird, oder
- dass eine gleichzeitig mit der Anmeldung, d.h. von Anfang an auch tatsächlich eingebrachte Sacheinlage überbewertet worden sei.¹⁹⁸

Das Gesetz hat wohl, weil es eben im Grunde – irrtümlicherweise – immer nur von einer geleisteten Einlage ausgeht, eher den letzteren Fall im Auge.¹⁹⁹ Da der Handelsregisterführer aber lediglich die vereinbarte und

¹⁹¹ In diesem Sinne auch Botsch.1928/220.

¹⁹² Aus dieser grundsätzlich rein haftungsrechtlichen Funktion der Vorschrift folgern SIEGWART, N.6 zu Art. 596/97 OR und HARTMANN, N.8 zu Art. 596 OR, dass eine allfällige, die Kommanditsumme im Werte übersteigende Sacheinlage für den überschüssenden Teil nicht im Handelsregister einzutragen sei. Diese Ansicht erscheint problematisch. Sie entzieht dem Kommanditär für den Fall, dass ein Gläubiger die Bewertung (trotzdem) anfecht, seine verstärkte Beweisposition. Schwierigkeiten können sich auch bei einer Erhöhung oder Herabsetzung der Kommanditsumme ergeben.

¹⁹³ Entsprechend s. noch nachst. § 11, VIII 2, IX 2.4.3.1.2.

¹⁹⁴ Zumindest extern, die interne Beurteilung kann u.U. davon abweichend vgl. von STEIGER, 606, vgl. bereits vorst. Fn.103.

¹⁹⁵ Vgl. dazu auch nachst. § 11, IX 2.4.3.1.2

¹⁹⁶ Zusätzlich die Möglichkeit, eine Rückerstattung der Einlage trotz Eintrag glaubhaft zu machen, vgl. nachst. § 11, IX 2.4.3.1.2.

¹⁹⁷ Denn dieser Zeitpunkt ist ja für die Haftungsbefreiung einzig massgebend – vgl. den deutlichen Wortlaut von Art. 608 III OR, s.a. SIEGWART, N.12 zu Art. 610/12 OR.

¹⁹⁸ Die letzten beiden Argumente können sich kumulieren bei Sacheinlagen, die schon als versprochene von Anfang an überbewertet waren und deren Wert sich im Laufe der Zeit, d.h. bis zur Leistung derselben zusätzlich verändert bzw. vermindert hat.

¹⁹⁹ Zum analogen Modell im HGB vgl. KONIETZKO, 42, U.HUBER, 256.

angemeldete Sacheinlage einzutragen hat, unabhängig von der Tatsache und dem Zeitpunkt der Erbringung, müssen dem Gläubiger m.E. sämtliche genannten Beweismöglichkeiten zustehen. Alle sind sie für den Gläubiger interessant. Sie bevorzugen ihn, wie bereits angetönt,²⁰⁰ gegenüber den Gläubigern einer AG.

Dem Kommanditär muss hingegen auch bei Sacheinlagen, wie bei sonstigen, insbesondere Bareinlagen, der Beweis verbleiben, dass er geleistet hat.²⁰¹ Art. 9 ZGB kommt m.E. diesbezüglich nicht zum Zuge, da im Handelsregister wie dargelegt auch ein reines Leistungsversprechen aufgenommen werden muss, d.h. der Handelsregisterführer die tatsächliche Erbringung der Sacheinlage weder prüfen darf noch muss.²⁰² Darüber hinaus muss dem Kommanditär m.E. der Beweis auferlegt werden für den *Zeitpunkt* seiner Leistung. Nur falls dieser Zeitpunkt mit der Anmeldung ins Handelsregister zusammenfällt, hat er die – widerlegbare – Vermutung von Art. 9 ZGB für sich, dass der eingetragene dem wirklichen, wahren Wert der Sacheinlage entsprochen habe. Andernfalls muss er auch den Wert seiner Leistung dartun.²⁰³ Dieser notwendigen Differenzierung wurde bisher zu Unrecht keine Beachtung geschenkt, wohl, weil ebenfalls zu Unrecht, bewusst oder unbewusst, immer wieder nur vom Fall ausgegangen wird, dass die *Übernahme*, das Einbringen im Zeitpunkt der Eintragung der Sacheinlage geschieht, bzw. dass das Handelsregister eine geleistete Sacheinlage ausweist.²⁰⁴ Gerade dies aber ist nicht zwingend.

Der Anwendungsbereich von Art. 596 III OR ist somit auch in Verbindung mit Art. 608 III OR, vor allem vom Kommanditär her gesehen, wirklich minimal. Aber auch der Gläubigerschutz wird nur in sehr unvollständiger Weise bewirkt.²⁰⁵ Die Vorschrift mag allenfalls intern eine gewisse prophylaktische Wirkung entfalten, indem sie die Gesellschafter zu

²⁰⁰ Vgl. Fn.170 vorst.

²⁰¹ Gleich HARTMANN, N.13 zu Art. 596 OR, VON STEIGER, 634/35, a.A. offenbar SIEGWART, N.5 zu Art. 596/97, N.9 zu Art. 608/9, N.10 zu Art. 610/12 OR, vgl. auch nachst. § 11, IX 2.4.3.1.2.

²⁰² Vgl. HARTMANN, N.11 zu Art. 596 OR.

²⁰³ Dasselbe gilt wohl in den noch selteneren Fällen der Unterbewertung einer eintragenen Sacheinlage. Im Versuch eines Gegenbeweises könnte allerdings u.U. auch ein «venire contra factum proprium» gesehen werden; ähnlich BISCHOFF, 87 f. Vgl. zu Unterbewertungen im deutschen Recht LEHMANN/DIETZ, 205, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 13 zu § 171 HGB, SCHILLING, Anm. 13 zu § 171 HGB, U.HUBER, 210 ff.

²⁰⁴ Z.B. HARTMANN, N.13 zu Art. 596 OR; vgl. aber demgegenüber HARTMANN, N.18 zu Art. 608 OR.

²⁰⁵ Vgl. auch SIEGWART, N.4 zu Art. 596/97 OR, s.a. SIMON, 85 f., zur weitgehend ähnlichen Rechtslage schon aufgrund des aOR, welches keinerlei Eintragungspflicht für Sacheinlagen kannte.

vertretbaren Bewertungen anhält.²⁰⁶ Zusammenfassend ist aber davor zu warnen, die Gesetzesvorschrift selbst überzubewerten. Wie schon HOFFMANN²⁰⁷ ausführte, ist sich «jeder vorsichtige Geschäftsmann der *Relativität* der Zuverlässigkeit einer solchen Eintragung von Kommanditbeteiligungen²⁰⁸ bewusst»!

2.2 Gegenstand der Sacheinlagen

Kriterium für die Einlagetauglichkeit einer Sacheinlage bildet, allgemein ausgedrückt, ihre Eignung zur Mehrung des Geschäftsvermögens, primär im Hinblick auf die Gesellschaft, jedoch angesichts der unter Umständen haftungsbefreienden Wirkung auch im Hinblick auf die Gläubigerschaft.²⁰⁹ Vorliegend soll so weit als möglich die internrechtliche Seite herausgeschält werden.²¹⁰

Im Sinne einer negativen Abgrenzung werden üblicherweise sämtliche *Vermögensbeiträge* zu den Sacheinlagen gezählt, die nicht in Bargeld bestehen. Zu dieser Zweiteilung gibt auch der Wortlaut des Gesetzes (Art. 596 III OR)²¹¹ Anlass, der insofern den entsprechenden Bestimmungen der AG,²¹² der GmbH,²¹³ der Genossenschaft²¹⁴ nachgebildet ist. Für die KG, genauer den Kommanditär, ist diese starre Gegenüberstellung indes nur bedingt verwendbar. Wie bereits dargelegt, sind auch Beiträge denkbar, die zwar persönlicher Natur sind und daher wohl auch im Rahmen einer KG nicht eingetragen werden müssen,²¹⁵ welche der Gesellschaft²¹⁶ aber

²⁰⁶ Vgl. SIEGWART, N.5 zu Art. 596/97 OR, ProtExpKomm, 163 f., GUHL, Ergebnisse der Beratungen, 101.

²⁰⁷ Ber.II, 23.

²⁰⁸ Wobei hier beide Bedeutungen, interne und externe, gemeint sein dürften.

²⁰⁹ Ausführlich zu den Sacheinlagen des Kommanditars BISCHOFF, 70 ff., allerdings vorab von der haftungsrechtlichen Seite her, ähnlich VON STEIGER, 606. Vgl. dazu nachst. § 11, VIII 2.

²¹⁰ Deutliche Unterscheidung bei PATRY, Précis, 338 ff.

²¹¹ In diesem Sinne klar HUBER, Ber.I, 25. So im wesentlichen schon Art. 598 III aOR – ergänzt wurde lediglich «mit bestimmtem Wertansatz», s.a. KUHN, 227.

²¹² Vgl. Art. 628 I, 641 Ziff. 6 OR; dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, § 8, N.2, VON GREYERZ, SPR, 91, BAUMANN, 11 ff., SCHOOP, 4 f., vgl. gar die Wortschöpfung «unbare» Einlage für Sacheinlage, dies. z.B. S.8, 55.

²¹³ Vgl. Art. 778 I, 781 Ziff. 6 OR; dazu WOHLMANN, 335, SCHOOP, 7.

²¹⁴ Vgl. Art. 833 Ziff. 2, 834 II OR.

²¹⁵ Gem. VON STEIGER, 606, N.23, können sie nicht Sacheinlagen sein; indirekt HARTMANN, N.7 zu Art. 598 OR; für die AG vgl. FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ, § 8, N.2; für die GmbH WOHLMANN, 335.

²¹⁶ Nach ihrer Einschätzung, welche intern massgebend ist.

dennoch einen Vermögenswert zuführen und daher intern als Einlagen gelten,²¹⁷ d.h. auf Kapitalkonto verbucht werden und somit bei Belangung des Kommanditärs haftungsbefreiend wirken.²¹⁸

Auch im übrigen dürfen die Ausführungen über Sacheinlagen bei den Kapitalgesellschaften und der Genossenschaft nur mit Vorsicht auf die KG übertragen werden. So wird allgemein – mit Blick vor allem auf die Haftung –²¹⁹ darauf hingewiesen, die Sacheinlagen sollten bilanzierungsfähig,²²⁰ verwertbar und damit übertragbar sein.²²¹ Zumindest die letzten beiden Kriterien sind jedoch mit Bedacht aufzufassen. Sie sind z.B. nicht verwendbar für die bei einer KG – im Gegensatz zur AG (Art. 633 IV OR)²²² – als Sacheinlage durchaus zulässige und sowohl eintragungsfähige als auch -pflichtige Einbringung von Mobilien und Immobilien ad usum oder ad sortem²²³. Erneut zeigt sich hier die unterschiedliche Rechtsstellung von Aktionär und Kommanditär und entsprechend auch die abweichende Bedeutung einer Sacheinlage des Kommanditärs gegenüber einer Sacheinlage des Aktionärs. Letztere dient der Deckung und damit Sicherung des Grundkapitals der Gesellschaft²²⁴ und zwar im Interesse der Gläubiger. Der Gesellschaft muss daher die freie Verfügung darüber zustehen. Demgegenüber hat die KG kein im Interesse der Gläubiger festgelegtes Grundkapital, muss entsprechend auch nicht über ein solches jederzeit frei verfügen können. Es ist daher auch der Kommanditär nicht verpflichtet, für die Deckung eines solchen Kapitals bzw. Gesellschaftsvermögens, auch nicht nur eines Teils davon, einzustehen. Führt er dem Gesellschaftsvermögen tatsächlich Werte zu, was ohne weiteres auch

²¹⁷ Vgl. HARTMANN, a.a.O., WIELAND, 544/45, ähnlich FUNK, N.7 zu Art. 594/95 OR, s.a. WULKAN, 121 ff., 151 ff., insbes. 155 ff.

²¹⁸ Den Gläubigern verbleibt auch ohne den Behelf von Art. 596 III/ Art. 608 III OR die Möglichkeit, die Bewertung der angeblich haftungsbefreienden Leistung in Zweifel zu ziehen.

²¹⁹ Vgl. auch PATRY, Précis, 338.

²²⁰ So z.B. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, a.a.O., VON GREYERZ, a.a.O.

²²¹ Für letzteres bei der einfachen Gesellschaft und damit wohl allgemein bei den Personengesellschaften vgl. SIEGWART, N.4 zu Art. 531 OR, die Notwendigkeit aller drei Voraussetzungen betont VON STEIGER, 605, ausdrücklich im Hinblick auf den Kommanditär, s.a. PATRY, Précis, 339.

²²² Vgl. dazu VON GREYERZ, 91: rechtliches Eigentum vom Gesetz verlangt, obwohl für Bilanzierung an sich nicht Voraussetzung; gem. SCHOOP, 57, sind auch gemietete und gepachtete Gegenstände einlagefähig, wenn ihre Nutzung gesichert ist. Sie können gem. SCHOOP, a.a.O., zu ihrem «vorsichtig berechneten kapitalisierten Nutzwert» aktiviert werden; zu den teilweise kontroversen Fragen bei der AG s.a. BAUMANN, 67 ff.

²²³ Zu der Problematik vgl. WULKAN, 155 ff.

²²⁴ So auch von GREYERZ, a.a.O., SCHOOP, 5 f., 55, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, § 8, N.10, s.a. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 15, N.24 für die Genossenschaft.

durch Gebrauchsüberlassungen von Sacheinlagen geschehen kann, so befreit er sich im entsprechenden Umfange von seiner Haftung.²²⁵ Leistet der Kommanditär die versprochene Sacheinlage nicht oder zieht er sie im Verlaufe der Geschäftstätigkeit wieder zurück, so hat der Gläubiger bei Auflösung der Gesellschaft nur Anspruch auf Einwerfung eines Geldbetrages, maximal in Höhe der Kommanditsumme.²²⁶

Im einzelnen kommen als Sacheinlagen des Kommanditars²²⁷ etwa in Frage: Liegenschaften, Fahrnisgegenstände (Maschinen, Anlagen), Wertpapiere, Immaterialgüterrechte (Erfindungen, Patente, Urheberrechte; umstritten, ob blosses Know How²²⁸), unter Umständen Kredit, Kundschaft, Geschäftsgeheimnisse,²²⁹ Gebrauchsrechte, Konzessionen, ein oder mehrere Geschäfte,²³⁰ Forderungen gegen Dritte,²³¹ Arbeitsleistungen, sofern sie sich in bestimmten Sachwerten oder sonstigen wirtschaftlichen Gütern verkörpern und ihnen die Gesellschaft einen Wert zumisst.²³² Unter welchem Rechtstitel Sacheinlagen eingebracht wurden,²³³ ist für die Einlagefähigkeit sowie Eintragungsfähigkeit und Eintragungspflicht einer Kommandit-Sacheinlage des Kommanditars unerheblich.²³⁴ Im Zweifel spricht die Vermutung für Einbringung zu Eigentum.²³⁵ In den übrigen

²²⁵ Vgl. dazu nachst. § 11, VIII 2.

²²⁶ Dazu ebenfalls nachst. § 11, IX 2.2.

²²⁷ Vgl. hiezu allgemein HARTMANN, N.9 zu Art. 596 OR, SIEGWART, N.5 ff. zu Art. 581 OR, VON STEIGER, 605 f., WULKAN, 101 ff., SIMON, 63 ff.

²²⁸ Dagegen VON STEIGER, 606, N.23; für die Einlagefähigkeit des Know-How-Vertrags als einem der wichtigsten Verträge der modernen Wirtschaft, WOHLMANN, 335, N.29, (GmbH). Für die KG ist – intern – wiederum massgebend, ob die Gesellschaft selbst bzw. die Gesellschafter untereinander einer solchen Leistung einen Vermögenswert zubilligen und entsprechend dem Kapitalkonto des Kommanditars einbuchen.

²²⁹ Vgl. WIELAND, 762, HARTMANN, N.9 zu Art. 569 OR, SIMON, 62, 72 ff.

²³⁰ Ein Wert für wirtschaftliche Güter wie für Kundschaft, Goodwill etc. darf jedoch gem. WIELAND, 544/45, bei Einbringung eines Unternehmens als Einlage nur berücksichtigt werden, falls das Unternehmen nicht liquidiert wird. M.E. ist wiederum zwischen der internen und der externen Bedeutung der Sacheinlage zu unterscheiden.

²³¹ Zu Recht weist WULKAN, 134 ff., auch auf die Möglichkeit der Nutzniessung an Forderungen, sowie Nutzung an Immaterialgütern hin, S.141 ff.

²³² Vgl. WILLAND, 544, allerdings wiederum mehr auf das haftungsbefreiende Moment abstellend. Mehrfach erwähnt: das gebrauchsfähige Bauprojekt – vgl. z.B. VON STEIGER, 606.

²³³ Vgl. z.B. die insbesondere bei Mobilien und Immobilien übliche Unterscheidung quoad dominum (zu Eigentum), quoad usum (Miete, Pacht) quoad sortem (Überlassung des Verfügungsrechts), aber auch Einbringung zu weiteren Zwecken, z.B. zur Verpfändung. Vgl. VON STEIGER, 369, 594, HARTMANN, N.9 zu Art. 557 OR, s.a. SIEGWART, N.17 ff. zu Art. 531 OR, WIELAND, 541/42, VON DER WEID, 59 ff.

²³⁴ Vgl. HARTMANN, N.9 zu Art. 598 OR, VON STEIGER, 594, insbes. 635, zu den Einbringungsformen vgl. WULKAN, 93 ff.

²³⁵ Vgl. BECKER, N.6 zu Art. 531 OR, HARTMANN, N.9 zu Art. 557 OR.

Fällen wird die Bewertung unter Umständen heiklere Fragen aufwerfen; meist empfiehlt sich der Beizug eines Sachverständigen. Bei zum Gebrauch eingebrachten oder einzubringenden Sacheinlagen ist grundsätzlich der Gebrauchswert, also z.B. der Miet- bzw. Pachtwert,²³⁶ bei quoad sortem, d.h. zur Verfügung eingebrachten oder einzubringenden Sacheinlagen ist der Kapitalwert einzusetzen.²³⁷

Umstritten ist, ob «Einlagen durch Verrechnung»²³⁸ eintragungspflichtig seien bzw. zu den eintragungspflichtigen Sacheinlagen gehören. HARTMANN²³⁹ verneint dies generell. Meines Erachtens ist indes jedenfalls eine Eintragungspflicht anzunehmen, wenn die grundsätzliche, ursprüngliche Einlagepflicht des Kommanditärs, welcher er eine individualrechtliche Forderung gegen die Gesellschaft entgegenstellt, in einer Sacheinlage bestand. Ob sie darüber hinaus auch bei ursprünglicher Bareinlagepflicht, also generell zu bejahen ist,²⁴⁰ scheint prima vista fraglich. Die Vorbehaltung einer entsprechenden Kolonne im Hauptregister des Handelsregisters²⁴¹ ist kein schlüssiges Argument. Die Gefahr der Überbewertung – und dieser soll ja der Eintrag vorbeugen – besteht allerdings auch da, und zwar nicht von der Einlage, sondern von der Gegenforderung des Kommanditärs her.²⁴² Nachdem die einzig mögliche Restbedeutung von Art. 596 III OR, d.h. der Eintragungspflicht von Sacheinlagen des Kommanditärs, im Schutz vor Überbewertungen vor allem

²³⁶ D.h. Jahresmiete aufgrund der Lebensdauer. S.a. VON STEIGER, 635, WIELAND, 762. Zur Unterscheidung gegenüber quoad sortem eingebrachten Sachen vgl. WULKAN, 126, zur Unterscheidung von synallagmatischen Gebrauchsüberlassungsverträgen vgl. SIMON, 68f.

²³⁷ Vgl. WIELAND, 762, s.a. Anm. 19; zu Fragen der Bilanzierung vgl. WULKAN, 124, 155 ff., ders. 123, zur Gefahr, die quoad sortem eingebrachten Gegenstände den Privatgläubigern überlassen zu müssen. – Vgl. zum ganzen auch vorst. Fn.90.

²³⁸ Worunter m.E. korrekterweise nur eine Verrechnung der Einlagepflicht mit Forderungen des Kommanditärs bzw. der «Kommanditärin» gegen die Gesellschaft zu verstehen sind. Zur abweichenden Praxis des Handelsregisters vgl. vorst. Fn.131. Häufig: Sondergutsforderungen der Ehefrau; die Einbringung einer Einlage aus dem eingebrachten Gut der Ehefrau bedarf nach geltendem Recht der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde aufgrund von Art. 177 II ZGB, so schon SJZ 36(1939/40)226 (44).

²³⁹ N.9 zu Art. 596 OR, gl. offenbar PATRY, Précis, 339, sowie GUHL, Jurist. Karte Nr.760, S.2; ähnlich SIEGWART, N.6 zu Art. 596/ 97 OR, jedoch schwankend für den Fall, dass die Gegenforderung mittelbar aus einer zu *hoch* bewerteten Sachleistung stammt.

²⁴⁰ So VON STEIGER, 606, inkl. N.22.

²⁴¹ So VON STEIGER, 606, N.22.

²⁴² M.E. diesbezüglich unzutreffend SIEGWART, N.6 zu Art. 596/97 OR. Vgl. zur Kontroverse betr. Anrechnung zum Nennwert bzw. zum effektiven Wert einer Forderung in der deutschen Lehre z.B. KONIETZKO, 133 ff. mit Zitaten. Diese Überlegungen spielen jedoch erst auf der haftungsrechtlichen Ebene eine Rolle, vgl. daher nachst. § 11, VIII 2.

im Hinblick auf die Haftungen der Gläubiger zu erblicken ist, ist m. E. eine Eintragungspflicht für Einlagen durch Verrechnung²⁴³ generell zu bejahen und damit die Einlage durch Verrechnung als Sonderform der Sacheinlage zu qualifizieren.²⁴⁴ Der Unterschied in den beiden Auffassungen ist jedoch, wie bereits ausführlich dargelegt, letztlich minim.²⁴⁵

V. Erfüllung bzw. Nichterfüllung der Beitragspflicht

1. Allgemeines

Wiederum ist vorweg festzuhalten, dass der Gesellschafter ein Recht auf Vollzug der vereinbarten Leistung hat.²⁴⁶ Nichtannahme bedeutet somit nicht nur Gläubiger- sondern auch Schuldnerverzug.²⁴⁷

Die im vorliegenden Zusammenhang anzutreffenden Fragen sind im übrigen nicht kommanditärspezifisch und haben auch bereits mehrfach eine eingehende und aufschlussreiche Behandlung erfahren.²⁴⁸ Aus diesen Gründen werden die folgenden Ausführungen knapp ausfallen.

Am Grunde liegt die Frage, ob auf dem Gebiete der Erfüllung, bzw. der mangelhaften oder Nichterfüllung, Vorschriften des Gesellschaftsrechts oder des allgemeinen bzw. besonderen Teils des OR eingreifen sollen. Auf die Anwendung der speziellen Vertragsregeln verweist schon das Gesetz in

²⁴³ Bei einer Einbringung von Forderungen gegen Dritte ist sie m. E. selbstverständlich; s. a. SJZ 34(1937/38)205.

²⁴⁴ Vgl. OGer. AG in SJZ 34(1937/38)204 (37). – So auch WOHLMANN, 335, N.28, für die GmbH. Allerdings ist eine derartige Subsumption bei den Kapitalgesellschaften naheliegender, da es sich auch bei der Einlage durch Verrechnung um eine Einlage handelt, die nicht in bar geleistet wird und damit – zufolge der starren Zweiteilung der vermögenswerten Beiträge – schon definitionsgemäss unter die Sacheinlage fällt, vgl. jedoch auch WOHLMANN, 381, sowie JAQUEROD/VON STEIGER, 149, 354; HRV Art. 80 und 90; BGE 99 Ib 145. – Die vertretene Ansicht hat zur Folge, dass auch eine nachträglich erklärte Verrechnung, z.B. mit einer Regressforderung im Anschluss an die direkte Bezahlung der Forderung eines Gesellschaftsgläubigers (dazu noch nachst. § 11, VIII 3.2) eintragungspflichtig wäre. Diese Konsequenz scheint tragbar, v.a. angesichts der dürftigen Sanktionen, dazu vorst. Ziff. 1. – Zur Liberierung durch Verrechnung bei der AG vgl. FORSTMOSER, 335–338, MOSIMANN, insbes. S.17 ff., sowie BAUMANN, 13–16.

²⁴⁵ Vgl. Ziff. 1 vorst.

²⁴⁶ Vgl. vorst. I; WIELAND, 468, 545, 547, SIEGWART, N.3 zu Art. 531 OR.

²⁴⁷ Vgl. SIEGWART, N.3 zu Art. 531 OR, WIELAND, 547; SJZ 26(1929/30)243.

²⁴⁸ Vgl. TSCHUDI, 77 ff., MÖLLER, 43 ff., BISCHOFF, 73 f., 77 f., 79 f. (betr. Sacheinlagen), vgl. auch VON STEIGER, 371 ff. sowie SIEGWART, N.56 ff. der Vorbem. zu Art. 530 ff OR.

Art. 531 III OR, allerdings etwas rudimentär. Fraglich bleibt somit insbesondere die Anwendbarkeit der Bestimmungen des allgemeinen Teils.²⁴⁹

Deren Anwendung ist nicht etwa selbstverständlich, sind doch die betreffenden Bestimmungen im allgemeinen Teil des OR auf ein Austauschverhältnis, das sogenannte Synallagma zugeschnitten, welches im Gesellschaftsrecht, insbesondere bei den Personengesellschaften, nicht bzw. nicht in dieser reinen Form vorliegt.²⁵⁰ Doch bietet die eigentlich an deren Stelle im Gesellschaftsrecht vorgesehene Handhabe, nämlich die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen,²⁵¹ zu wenig differenzierte und differenzierende Eingriffsmöglichkeiten.²⁵² Insbesondere wirkt stossend, dass auch vertragstreue Gesellschafter von einer Auflösung und Liquidation der Gesellschaft (welche bekanntlich auch die darin liegenden Vermögenswerte namhaft reduziert) ohne ihr Dazutun, ohne ihre Schuld vor allem, betroffen werden sollen. Mit VON STEIGER²⁵³ ist daher anzunehmen, dass auch die Bestimmungen des allgemeinen Teils des OR über die Erfüllung²⁵⁴ und die Folgen der Nichterfüllung auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung finden «wenn und soweit dies der Aufrechterhaltung der Gesellschaft dient und den Interessen der vertragstreuen Gesellschafter entspricht».²⁵⁵ Auch Art. 531 II OR verlangt nur eine *entsprechende* Anwendung der darin erwähnten Vorschriften.²⁵⁶ Es handelt sich um Probleme internrechtlicher Natur. Grundsätzlich wird daher der Frage, ob die Gesellschaft bereits im Verkehr aufgetreten sei, keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen.²⁵⁷ Wie sich der Mangel im Aussenverhältnis auswirkt, steht auf einem anderen Blatt.²⁵⁸

²⁴⁹ Vgl. MÜLLER, 44 ff.

²⁵⁰ Zum Gesellschaftsvertrag und Synallagma vgl. MÜLLER, 55 ff.

²⁵¹ Vgl. Art. 545 OR aus dem Rechte der einfachen Gesellschaft, anwendbar auch auf die KollG und KG aufgrund von Art. 557 II bzw. Art. 598 II OR. Zur Kritik an der Möglichkeit der richterlichen Auflösung der einfachen Gesellschaft aus wichtigem Grund vgl. SAXER, 86; s.a. die interessanten Ausführungen zu diesem Thema bei MERZ, 685 ff., insbes. zur Problematik, ob eine Auflösung durch den Richter «ex nunc» (= herrschende) Meinung oder «ex tunc» am Platze sei.

²⁵² Vgl. immerhin die Ausschlussmöglichkeiten gemäss Art. 575 ff. OR im Rechte der KollG und KG.

²⁵³ Vgl. S.372, s.a. weitere Zitate in N.21.

²⁵⁴ Zur Sicherung der Erfüllung durch Konventionalstrafen, Pfänder, Vorkaufsrechte vgl. SIEGWART, N.84/85 zu Art. 530 OR, TSCHUDI, 165 ff.

²⁵⁵ Vgl. VON STEIGER, N.21 a.a.O., s.a. SIEGWART, N.63, N.113 f. der Vorbem. zu Art. 530 ff., N.78 ff. zu Art. 530 OR.

²⁵⁶ So auch BECKER, N.7 zu Art. 531 OR, MÜLLER, 54, 68, TSCHUDI, §§ 15-20.

²⁵⁷ Vgl. VON STEIGER, 373.

²⁵⁸ Dazu VON ARX, 68 ff., HEMMELER, 28 ff., 78 ff.

2. Erfüllung

Gemäss Art. 531 III OR gilt bei Sachleistungen,²⁵⁹ die zu Eigentum erbracht wurden, dass die Gefahr beim Abschluss des Vertrages auf die Gesellschaft übergeht – unter den Vorbehalten von Art. 185 OR.²⁶⁰ Betreffend Gewährleistungspflichten gelten die Bestimmungen des Kaufrechts bezüglich Rechts- und Sachmängel und zwar entsprechend (Art. 531 III, Art. 192 ff., Art. 197 ff. OR), betreffend Überlassung zum Gebrauch die Vorschriften des Miet- und Pachtrechts (Art. 531 III, 254, 258, 277 und 280 OR).²⁶¹ Gemäss BECKER²⁶² besteht eine Gewährleistungspflicht auch bei anderen vermögenswerten Beiträgen wie Forderungen, Geschäftsgeheimnissen etc.

Massgebend für die Frage, ob Mängel vorliegen, ist der vereinbarte Gesellschaftszweck.²⁶³ Teilweise oder vollständige Entwehrung sowie Vorliegen von Sachmängeln sollen aber an sich noch nicht die Auflösung des Gesellschaftsvertrages bewirken.²⁶⁴ Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen bleibt aber vorbehalten, so bei Verunmöglichung des Gesellschaftszwecks oder Verschulden des betreffenden Gesellschafters, welches die Vertrauensbasis der Gesellschaft erschüttert.

Bei persönlichen Leistungen gilt für die Sorgfaltspflicht des Gesellschafters Art. 538 OR.

Für die Erfüllung²⁶⁵ der vertraglich geschuldeten Einlage «haftet» der Kommanditär der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern gegenüber unbeschränkt.²⁶⁶ Die für den Kommanditär an sich spezifische beschränkte Haftung betrifft nur das Aussenverhältnis, d.h. sein Einstehenmüssen gegenüber Dritten.

²⁵⁹ «Sachen» hier i.S. des Sachenrechts verstanden.

²⁶⁰ Vgl. insbes. Abs. 3 bezüglich später eingebrachte Sachen. – Vgl. betr. Gefahrtragung auch BISCHOFF, 75, 78, 82.

²⁶¹ Vgl. hiezu wiederum BISCHOFF, 76 f., 78, 83 f.

²⁶² N.5 zu Art. 531 OR.

²⁶³ VON STEIGER, 373, SIEGWART, N.8 und 9 zu Art. 531 OR.

²⁶⁴ So VON STEIGER, 373/74, WESPI, 53, WIELAND, 546, N.33; a.A. punkto Wandelung SIEGWART, N.9 zu Art. 531 OR.

²⁶⁵ Zur richtigen Erfüllung vgl. TSCHUDI, §§ 11-13, zum Vollzug der Einbringung von Sacheinlagen, 36 ff.

²⁶⁶ So HARTMANN, N.6 zu Art. 598 OR, unverständlich ders. in N.6 zu Art. 557 OR, der für den Kollektivgesellschafter andererseits die unbeschränkte Haftung für Sozialverpflichtungen ablehnt, weil sie «nur das Innenverhältnis betreffen».

3. Verzug und Nichterfüllung

Fälligkeit tritt ein gemäss Art. 75 OR, d.h. die Leistung ist grundsätzlich auf den Beginn der Gesellschaft geschuldet,²⁶⁷ sofern sich aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus der Natur des Rechtsverhältnisses nichts anderes ergibt.²⁶⁸ Für den Eintritt von Verzug und Verzugszinspflicht sind die allgemeinen Bestimmungen des OR anwendbar.²⁶⁹

Bei Verzug insbesondere gilt grundsätzlich Art. 107 OR, d.h. es ist vorerst die Klage auf Realerfüllung bzw. allenfalls auf Schadenersatz anerkannt (Art. 107 II OR), bei Verpflichtungen auf ein Tun oder Unterlassung kommt unter Umständen eine Lösung aufgrund von Art. 98 OR in Frage.²⁷⁰ Allgemein wird hingegen ein Rücktrittsrecht mit Wirkung ex tunc (Art. 107 II a.E., 109 OR) abgelehnt.²⁷¹ An sich bedeutet die nur teilweise Anwendbarkeit von Art. 107 OR kein Problem, da wie erwähnt auch gemäss Art. 531 III OR die darin erwähnten Vorschriften nur entsprechend gelten sollen. Eine Ausnahme wird zum Teil für das Anfangsstadium der Gesellschaft gemacht.²⁷² Allenfalls liegen auch spezielle Verhältnisse bei der zweigliedrigen Gesellschaft vor.²⁷³ Unter Umständen verbleibt,²⁷⁴ wenn die Voraussetzungen gegeben sind, anstelle des Rücktrittsrechts das Recht auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund. In Frage kommen objektive oder subjektive Gründe.²⁷⁵

Auch wegen Unmöglichkeit der Leistung des Beitrages im Sinn der nachträglichen unverschuldeten Unmöglichkeit (Art. 119 OR) ist die Auflösung der Gesellschaft nur bei Unmöglichwerden des Gesellschaftszweckes selbst (Art. 545 I, Ziff. 1 OR), bzw. wegen der dadurch bewirkten

²⁶⁷ So HARTMANN, N.10 zu Art. 557, N.13 zu Art. 552 OR; ZR 25(1926)43.

²⁶⁸ Vgl. VON STEIGER, 374, SIEGWART, N.77 zu Art. 530 OR a.E., MÜLLER, 123 ff., Zusammenfassung, 132; ähnlich WIELAND, 546: massgebend die kaufmännische Anschauung.

²⁶⁹ So auch HARTMANN, N.10 zu Art. 557, MÜLLER, 132, TSCHUDI, 127 ff.; anders HGB § 111.

²⁷⁰ Vgl. VON STEIGER, 375, SIEGWART, N.80 f. zu Art. 530 OR; keine Schwierigkeiten, wo nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, vgl. ZR 25(1926)43.

²⁷¹ Vgl. VON STEIGER, 375 mit Zitaten, BECKER, 530 N.4, HARTMANN, N.16 zu Art. 552, MÜLLER, 125, 132, u.a.m.; ähnlich BGE 89 II 34 für einen Alleinvertretungsvertrag, da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handle.

²⁷² So SIEGWART, N.83 zu Art. 530, BECKER, N.7 zu Art. 531, MÜLLER, 127 ff. 132.

²⁷³ S.a. VON STEIGER, 373, SIEGWART, N.63 der Vorbem. zu Art. 530 I ff. OR.

²⁷⁴ Zu den Einreden s. nachst. Fn.295.

²⁷⁵ So VON STEIGER, 375.

Unzumutbarkeit der Verfolgung des Gesellschaftszweckes anerkannt.²⁷⁶ In den übrigen Fällen wird der Gesellschafter bei Eintreten dieser Art von Unmöglichkeit von seiner ursprünglichen Beitragspflicht befreit, allenfalls zu einer Ersatzleistung verpflichtet.²⁷⁷

VI. Geltendmachung der Beitragspflicht

1. Aktivlegitimation während verbender Gesellschaft

1.1 Allgemeines

Aufgrund des Gesellschaftsvertrages,²⁷⁸ bzw. aufgrund der Umstände von Gesetzes wegen,²⁷⁹ sind die Gesellschafter untereinander verpflichtet, Beiträge zur Erreichung des Gesellschaftszwecks zu erbringen, und zwar an die Gesellschaft.²⁸⁰

Schon aus dieser Feststellung ergibt sich, dass während verbender Gesellschaft, d.h. vor deren Auflösung beide, sowohl Gesellschaft als auch Gesellschafter, zur Einforderung rückständiger, vertraglich vereinbarter oder aufgrund des Gesetzes geschuldeter Beiträge berechtigt sind.²⁸¹

²⁷⁶ Vgl. VON STEIGER, 377, MÜLLER, 87, 133, insbes. 137 ff., 146, TSCHUDI, 100, s.a. SIEGWART, N.37/39 zu Art. 530 OR, sowie BECKER, N.8 zu Art. 531 OR betr. Arbeitsvertrag/Werkvertrag.

²⁷⁷ Vgl. VON STEIGER, 377.

²⁷⁸ Zu dessen Rechtsnatur als Vertrag *sui generis*, der sowohl schuldrechtliche wie sozialrechtliche Elemente enthält, vgl. VON STEIGER, 377, 271/72, ebendasselbst auch zu den Kontroversen.

²⁷⁹ Vgl. vorst. III 2.

²⁸⁰ Der Anspruch auf die Einlage ist daher Bestandteil des Gesellschaftsvermögens, so z.B. WIELAND, 546.

²⁸¹ So z.B. auch HARTMANN, N.4 zu Art. 577 OR, VON STEIGER, 377.

1.2 Legitimation der Gesellschaft: Gesamthandsklage

Die Gesellschaft leitet ihre Legitimation daraus ab, dass die betreffenden Beitragsleistungen, darin inbegriffen allfällige Kommanditeinlagen,²⁸² ins Gesellschaftsvermögen gehören.²⁸³ Da dieses Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zur gesamten Hand zusteht, wird die der Gesellschaft zustehende Klage häufig als Gesamthandsklage bezeichnet. Gebräuchlich ist auch der Terminus der Gesellschaftsklage.²⁸⁴ Die Legitimation der Gesellschaft wird heute allgemein bejaht, früher hingegen war sie wegen der mangelnden Rechtspersönlichkeit der Personengesellschaften umstritten.²⁸⁵

Die Geltendmachung, nötigenfalls auf dem Prozessweg, obliegt während aktiver Gesellschaft ohne Zweifel den geschäftsführungsberechtigten Gesellschaftern, unter Ausschluss der Beteiligten, bei der KG den vertretungsberechtigten Komplementären.²⁸⁶

Wesentlich ist, dass das Urteil gegenüber der Gesellschaft ergeht und damit gegen bzw. für alle Gesellschafter Geltung hat.²⁸⁷

1.3 Legitimation der Mitgesellschafter: actio pro socio

Dass grundsätzlich auch die Mitgesellschafter auf Erfüllung der Beitragspflicht²⁸⁸ pochen und diese nötigenfalls klageweise mittels der sogenannten actio pro socio, d.h. der *Gesellschafterklage* durchsetzen können,

²⁸² Vgl. VON STEIGER, 612, gemäss HARTMANN, N.6 zu Art. 594 OR, sogar ausschliessliche Legitimation der Gesellschaft, diesbezüglicher Widerspruch zu N.4 zu Art. 598 sowie N.4 zu Art. 557 OR, dazu nachst. Fn.290.

²⁸³ Zum Umfang des Klageanspruchs bei teilweise rückständigen Einlagen z.B. im Konkurs des Kommanditärs vgl. nachst. § 11, IX 1.

²⁸⁴ So VON STEIGER, 378.

²⁸⁵ Vgl. VON STEIGER, 378 N.36; zu den sogenannten Societäts-, Gesamthands- und Kompromisstheorien vgl. TSCHUDI, § 14 84 ff., JOB, § 5; anerkannt beispielsweise in ZR 25(1926)43, Legitimation der Gesellschaft abgelehnt bei MOSER, 29, z.T. aufgrund einer deutlichen Vermischung von Innen- und Aussenverhältnis beim Kommanditär.

²⁸⁶ So TSCHUDI, 92 f., 94 (ungenauer: vertretungsberechtigte), s.a. HARTMANN, N.4 zu Art. 557 OR.

²⁸⁷ Vgl. BGE 71 II 40, s.a. nachst. § 11, IX 2.4.1.

²⁸⁸ Sowie sonstiger Verpflichtungen sozialrechtlicher Natur, vgl. HARTMANN, N.4 zu Art. 557 OR.

darf wohl heute als unbestritten gelten.²⁸⁹ Die Klage ist entsprechend auch bezüglich allfälliger rückständiger Kommanditeinlagen oder sonstiger noch geschuldeter Beiträge des Kommanditärs möglich.²⁹⁰ Der Kommanditär ist seinerseits ebenfalls klageberechtigt gegenüber den Komplementären oder allfälligen Mitkommanditären. Geschäftsführungsbefugnis ist zur Anhebung der Klage nicht vorausgesetzt.²⁹¹

Da es wie ausgeführt um Ansprüche²⁹² geht, die dem Gesellschaftsvermögen zustehen, ist auch vom Gesellschafter her nur Klage auf Leistung an die Gesellschaft möglich.²⁹³ Daher ist die Klage eines Kommanditärs an den anderen Kommanditär auf Leistung von Schadenersatz, d.h. an den Kläger bzw. an den klägerischen Kommanditär, ausgeschlossen.²⁹⁴

Der klagende Gesellschafter kann daher auch nichts anderes verlangen als der Beklagte der Gesellschaft – gesellschaftsrechtlich – schuldet. Das bedeutet, dass sich der Kläger Herabsetzungen, Stundungen seitens der Gesellschaft, aber auch die dem Gesellschafter persönlich zustehenden Einreden, entgegenhalten lassen muss.²⁹⁵

Das Urteil allerdings hat im Gegensatz zum Urteil aufgrund einer Gesamthandsklage nur Rechtskraft unter den Prozessparteien.²⁹⁶

²⁸⁹ Vgl. VON STEIGER, 378, TSCHUDI, 84 ff., 93, HARTMANN, N.4 zu Art. 557 OR, FUNK, N.1 zu Art. 532 OR; BGE 24 II 736, ZR 25(1926)68. So schon WIELAND, 547. Zu den leicht abweichenden Ausführungen SIEGWARTS in N.93 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 530 ff. OR vgl. VON STEIGER, 378 N.39; auch im deutschen Recht heute im Gegensatz zu früher bejaht, vgl. die Zitate bei VON STEIGER, 378; Hauptargument dagegen: actio pro socio störe die Zuständigkeitsordnung, sei Einmischung in die Geschäftstätigkeit.

²⁹⁰ So HARTMANN, N.4 zu Art. 557, N.4 zu Art. 598 OR (im Widerspruch zu seinen Ausführungen in N.6 zu Art. 594 OR), s.a. VON STEIGER, 612; anders ZR 10(1911)153 sowie BGE 37 II 36 (übrigens m.E. typische Folge der Vermischung von Internum und Externum), s.a. BGer. in SJZ 8(1911/12)254 (242), aus terminologischen Gründen allerdings nicht ganz klar. Ähnlich Appellationskammer ZH in SJZ 9(1912/13)373 (348) betr. die Klage eines Kommanditärs gegen einen Mitkommanditär: Nur der Gesellschaft stehe das Recht zu, die Einlage zu fordern.

²⁹¹ So auch VON STEIGER, 612, deutlich HARTMANN in N.4 zu Art. 598 OR, wiederum entgegen BGE 37 II 35 und ZR 10(1911)153.

²⁹² Die einzige «Verfügung» besteht im Klagerrecht, eine Abtretung oder sonstige Verwertung ist ausgeschlossen, vgl. WIELAND, 547.

²⁹³ Ähnlich wie bei der Geltendmachung der Haftung, Art. 610 II OR, s. nachst. § 11, IX 2.2.

²⁹⁴ Vgl. HARTMANN, N.4 zu Art. 594 OR; BGE 37 II 35.

²⁹⁵ Zu den Einreden – aus dem internrechtlichen Verhältnis – aufgrund von Art. 82, 83, 119 und 120 OR vgl. VON STEIGER, 375 ff., SIEGWART, N.78 f. zu Art. 530 OR, MÜLLER, 88 ff. (zu Art. 82 OR), 104 ff. (zu Art. 83 OR), TSCHUDI, 151 ff. Zu der Einrede aus Art. 82 vgl. insbes. BÜRGI, 334 ff., VON DER WEID, 42 ff.; SJZ 71(1975)94 (44). – Zu den Einreden des Kommanditärs im Rahmen der Geltendmachung der Haftung nach Auflösung der Gesellschaft vgl. nachst. § 11, IX 2.4.

²⁹⁶ Vgl. VON STEIGER, 379.

1.4 Verhältnis der beiden Klagen zueinander

Auch wenn praktisch gesehen der einzelne Gesellschafter sich meist erst dann genötigt sehen wird, eine *actio pro socio* – wohlverstanden in eigenem Namen, auf eigenes Risiko²⁹⁷ – anzustrengen, wenn die geschäftsführenden Gesellschafter ihrer diesbezüglichen Aufgabe nicht oder nicht in seinem Sinne gerecht werden, darf daraus m.E. doch nicht eine grundsätzliche Subsidiarität der *actio pro socio* im Sinne eines rechtlichen Nacheinander gefolgert werden.²⁹⁸ Unter anderem wäre es häufig schwierig, den «erlaubten» Zeitpunkt für die Erhebung der subsidiären *actio pro socio* festzustellen.

Beide Klagelegitimationen beruhen auf dem Gesellschaftsvertrag. Aus beiden Klagen kann die Leistung nur an die Gesellschaft verlangt und nur der Gesellschaft zugesprochen werden. Es ist daher m.E. nicht sinnvoll, ja den Interessen der Gesellschaft wie der übrigen Gesellschafter geradezu zuwiderlaufend, den einzelnen Gesellschaftern die Ausübung ihres Klage-rechtes vor bzw. gleichzeitig mit einem ihnen ungenügend scheinenden Tätigwerden der geschäftsführenden Gesellschafter zu versagen. Unter Umständen ist gerade ein rasches Handeln ausschlaggebend für die Durchsetzung des Anspruchs. Die Klärung des prozessrechtlichen Schicksals bei allfällig gleichzeitiger Erhebung der Klage ist Sache des Richters.²⁹⁹

Unbenommen bleibt es den Gesellschaftern, im Gesellschaftsvertrag eine klare Ordnung zu treffen. Vor allem in grösseren Gesellschaften ist eine solche Ordnung unbedingt empfehlenswert.³⁰⁰

²⁹⁷ S.a. VON STEIGER, 378.

²⁹⁸ Deutlich für Subsidiarität HARTMANN in N.4 zu Art. 598 OR, eher Gleichstellung bzw. eher Vorrecht der Gesellschafterklage bzw. Ableitung der Gesellschaftsklage aus dem Rechte der Gesellschafter derselbe in N.4 zu Art. 557 OR; für Vorrang der Gesellschaftsklage JOB, 93 ff., TSCHUDI, 94 f., ZR 25(1926)70, vor allem wegen der Zuständigkeitsordnung, s.a. ZR 25(1926)43. Gl.A. wohl auch CH.REINHARDT, 78 f., N.167: *actio pro socio* nur in «Notsituationen».

²⁹⁹ Wie hier für gleichberechtigtes Nebeneinander, d.h. eine selbständige *actio pro socio*, VON STEIGER, 379/80, ähnlich, aber nicht voll entschieden SIEGWART, N.96 der Vorbem. zu Art. 530 ff., vgl. die Kritik von VON STEIGER dazu auf S.378 N.39.

³⁰⁰ So auch VON STEIGER, 380.

2. Aktivlegitimation nach Auflösung der Gesellschaft

2.1 Legitimation der Liquidatoren?

Die Liquidatoren gelten grundsätzlich als Vertreter der Gesellschaft, welche zwar als werbende Gesellschaft aufgelöst, aber als Gesellschaft in Liquidation bis zur endgültigen Liquidation weiter existiert.³⁰¹ Sie haben die nötige Geschäftstätigkeit nach innen zu entfalten und nach aussen grundsätzlich die liquidierende Gesellschaft – nicht den Gläubiger – zu vertreten.³⁰²

Entsprechend dem Liquidationszwecke werden somit die Liquidatoren überwiegend als ermächtigt erklärt, ausstehende Beiträge³⁰³ der Gesellschafter einzuziehen, «soweit es die Auseinandersetzung» verlangt (Art. 585 I OR), d.h. wenn und soweit zur Schuldendeckung erforderlich.³⁰⁴ Dass es bei der Schuldendeckung nur um Schulden von Aussenstehenden und nicht um die Ausgleichung der Verlustanteile der Gesellschafter unter sich geht, welche zu der internen Auseinandersetzung gehört, ist an sich selbstverständlich.³⁰⁵

Bei der KG nun besteht die Besonderheit, dass die Liquidatoren im Gesetz (Art. 610 II OR) ausdrücklich erwähnt sind und zwar mit der Berechtigung, vom Kommanditär die «Einwerfung» der «Kommanditsumme» (d.h. des der Kommanditsumme entsprechenden Betrages), soweit nicht bereits in Form von Einlagen geleistet und dem Kommanditär auch nicht wieder zurückerstattet,³⁰⁶ in die Liquidationsmasse zu verlangen. Wiederum gilt: nur wenn und soweit zur Deckung der Gesellschaftsschulden erforderlich.³⁰⁷ Nachdem der Begriff der Kommanditsumme vom Gesetz an dieser Stelle grundsätzlich zutreffend verwendet wird, d.h. ein Betrag in der Höhe der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme gemeint ist und gemeint sein muss,³⁰⁸ treten die Liquidatoren folglich formell betrachtet von Gesetzes wegen – ausnahmsweise – als Vertreter der gesamten

³⁰¹ S.a. Art. 585 II OR, VON STEIGER, 572, HARTMANN, N.22 zu Art. 585 OR.

³⁰² So auch HARTMANN, N.13 zu Art. 585 OR.

³⁰³ Und sonstige Sozialforderungen, hingegen nicht etwa Nachschüsse, vgl. VON STEIGER, 578/79, HARTMANN, N.22 zu Art. 585 OR.

³⁰⁴ Vgl. VON STEIGER, 578/79, HARTMANN, N.22 zu Art. 585 OR, SIEGWART, N.30 zu Art. 548/50 OR, gemäss HARTMANN, a.a.O., mit *actio pro socio*, m.E. eher mit Gesamthandsklage.

³⁰⁵ So ausdrücklich HARTMANN, N.7 zu Art. 560 OR.

³⁰⁶ Vgl. zum Befreiungsbeweis des Kommanditärs nachst. § 11, VIII, IX 2.4.3.1.2.

³⁰⁷ S.a. VON STEIGER, 651.

³⁰⁸ Vgl. nachst. § 11, IX 2.2.

Gläubigerschaft auf.³⁰⁹ Der Gesellschaft in Liquidation ist das Klagerecht konsequenterweise nicht zuerkannt worden.³¹⁰ Die Qualifikation der Klage als Gesamthandsklage fällt somit a priori ausser Betracht.

Im übrigen trifft zwar zu, dass die Liquidatoren die Einwerfung des Haftrestes ausschliesslich in das Gesellschaftsvermögen, d.h. in die Liquidationsmasse, verlangen können, wodurch der einzuwerfende Betrag einlageähnlichen Charakter erhält.³¹¹ Jedoch ist dies lediglich eine Folge der besonderen Ausgestaltung der Haftung, genauer der Geltendmachung der Haftung des Kommanditärs.³¹² Vor Missverständnissen ist also zu warnen. Die Liquidatoren handeln ausschliesslich im Rahmen der Haftung. Sie dürfen somit nicht etwa die internrechtlich vereinbarte Einlage bzw. einen sonstigen Beitrag des Kommanditärs einfordern.³¹³ Dies bedeutet einmal, dass sie in jedem Falle nur auf einen Geldbetrag Anspruch erheben können,³¹⁴ die Frage also, ob ein Beitrag auch im Liquidationsstadium noch in natura eingefordert werden könne oder solle³¹⁵ sich überhaupt nicht stellt. Die Liquidatoren sind aber auch an den Umfang der vereinbarten Kommanditeinlage nicht gebunden. Das Handeln im Rahmen der Haftung bedeutet daher des weiteren selbstverständlich, dass der volle Betrag der Kommanditsumme – soweit nicht schon in Form der Einlage geleistet – auch dann eingefordert werden kann und muss, wenn die Kommanditeinlage niedriger als die Kommanditsumme vereinbart worden war. Das Handeln im Rahmen der Haftung bedeutet schliesslich aber vor allem, dass intern vereinbarte (noch nicht geleistete) überschliessende, d.h. den Betrag der Kommanditsumme übersteigende Kommanditeinlagen, im Rahmen des überschliessenden Teils von den Liquidatoren auch dann nicht eingefordert werden können,³¹⁶ wenn weitere Mittel zur Deckung offener

³⁰⁹ Vgl. SIEGWART, N.24 zu Art. 533, N.40 zu Art. 610/12 OR; HARTMANN, N.19 zu Art. 610 OR, VON STEIGER, 636 ff., insbes. N.32, 651; ZR 4(1905)155; s.a. nachst. § 11, IX 2.1.

³¹⁰ So HARTMANN, N.19 zu Art. 610 OR, indirekt ProtExpKomm, 133/34; zur Klagelegitimation der Gesellschaftsgläubiger s.nachst. § 11, IX 2.1. Die Gesellschaft kann immer nur die intern vereinbarte Einlage einverlangen, nie die Kommanditsumme, auch nicht im Konkurs des Kommanditärs. Unzutreffend daher FUNK, N.1 zu Art. 615 OR, dazu noch nachst. § 11, IX 2.2.

³¹¹ Rein funktionell betrachtet, nicht der Sache nach, vgl. vorst. II.

³¹² Dazu ausführlich nachst. § 11, IX.

³¹³ Entgegen VON STEIGER, 651 und 652, wie hier jedoch S.610, insbes. 637, N.32; wie hier offenbar auch HARTMANN, N.30 zu Art. 619 OR. – Anders zufolge der abweichend ausgestalteten Haftung im deutschen Recht, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1157.

³¹⁴ I.S. einer Interessenschaft, vgl. nachst. § 11, IV.

³¹⁵ Vgl. z.B. SIEGWART, N.40 zu Art. 531 OR, TSCHUDI, 147 ff.

³¹⁶ Und zwar auch nicht indirekt durch Kompensation, wie von SIEGWART, N.3 zu Art. 616 OR für Konkursverwaltung behauptet, s. dazu nachst. Ziff. 2.2.

Gläubigerforderungen erforderlich sein sollten. Denn eben diese Gläubiger, und damit die Liquidatoren als ihre gesetzlichen Vertreter, sind in ihren Forderungsrechten auf den Maximalbetrag der eingetragenen Haftsumme, der Kommanditsumme, beschränkt. Die Einforderung des rückständigen, «überschiessenden» Teils einer noch geschuldeten Kommanditeinlage kann daher nur Gegenstand der internen Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern sein.³¹⁷

Was gilt betreffend einer *geleisteten* überschüssenden Einlage? Kann sie vom Kommanditär zurückgefordert werden oder bleibt sie der Liquidationsmasse verfangen wie im Falle des Konkurses aufgrund von Art. 616 II OR?³¹⁸ Meines Erachtens besteht kein Grund zu einer abweichenden Behandlung, denn die ratio dieser Vorschrift gilt für beide Fälle. Sie liegt darin begründet, dass auch der Kommanditär – als Gesellschafter und Gesamteigentümer – primär und unbeschränkt mit dem Gesellschaftsvermögen haftet.³¹⁹ In dieses Gesellschaftsvermögen geht auch ein allfällig die Kommanditsumme überschüssender Teil einer Einlage über, sofern sie geleistet und nicht zurückgezogen worden war. Die³²⁰ eher in umgekehrter Richtung gehenden Äusserungen der Mitglieder der Expertenkommission³²¹ rühren daher, dass im Grunde genommen Fragen der Rechtsnatur einer solchen «Einlage» aufgeworfen wurden.³²² Liegt aber eine überschüssende «Kommanditeinlage» sensu technico vor,³²³ entfallen zumindest die meisten Bedenken³²⁴ gegenüber der für den Konkursfall allgemein anerkannten Lösung einer endgültigen Verfangenheit auch des Überschusses. Diese Lösung wird hiermit auf den Liquidationsfall ausgedehnt.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Liquidatoren betreffend den Kommanditär weder das Klagerecht der Gesellschaft, noch etwa

³¹⁷ Wie hier VON STEIGER, 610, widersprüchlich auf S.651 f. Zur Einforderung der Kommanditeinlage sind die Liquidatoren auch nicht im Rahmen der internen Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern legitimiert, denn deren Durchführung ist ausschliesslich Sache der Gesellschafter, vgl. nachst. § 5, IV.

³¹⁸ Dazu ausführlich nachst. § 6, IV.

³¹⁹ Vgl. VON STEIGER, 631 mkl. N.14, HARTMANN, N.4 zu Art. 608 OR; BOHNENBERG, Anm. II zu § 172 HGB; s.a. nachst. § 11, V 1.

³²⁰ Entgegen HARTMANN, N.9 zu Art. 616 OR.

³²¹ Vgl. ProtExpKomm, 141 f.

³²² Und auch der Terminus «Einlage» um jeden Preis vermieden werden sollte!

³²³ Dazu vorst. II.

³²⁴ Zum missverständlichen Wortlaut vgl. HARTMANN, N.9 zu Art. 616 OR sowie nachst. § 6, IV. Ebendasselbst zur prima vista ev. nicht einleuchtenden Abweichung vom Grundsatz (der auf die Kommanditsumme beschränkten Haftung des Kommanditärs), welche wie oben kurz erwähnt in seiner primären, unbeschränkten Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen liegt.

dasjenige der Gesellschafter geltend machen. Folglich steht ihnen auch keine *actio pro socio*, sondern vielmehr ein – als Vertretern der Gläubigerschaft – vom Gesetz eingeräumtes, klar umschriebenes und begrenztes Klagerecht zu, welches sich genau besehen nicht auf der Ebene der Beitragspflicht, des Internums, sondern auf der Ebene der Haftung, des Externums, abspielt.³²⁵ Nur so kann die beschränkte Haftung des Kommanditärs gegenüber Dritten auch im Liquidationsfalle gewahrt bleiben.

2.2 Legitimation der Konkursverwaltung?

Das grundsätzliche Klagerecht der Konkursmasse, vertreten durch die Konkursverwaltung, die Beitragspflicht gegenüber den Gesellschaftern geltend zu machen, ist umstritten.³²⁶

Gegenüber dem Kommanditär als Belangtem oder Beklagtem ergibt sich die Legitimation der Konkursverwaltung wiederum klar aus Art. 610 II OR. Es kann diesbezüglich auf die vorstehenden Ausführungen betreffend Legitimation der Liquidatoren³²⁷ verwiesen werden.

Auch die Konkursverwaltung vertritt ausschliesslich die Gläubiger und nicht die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter.³²⁸ Auch sie bewegt sich nur auf dem Boden der Haftung. Sie hat demzufolge ausschliesslich das Recht zur Einforderung der «Kommanditsumme»,³²⁹ nicht also der Kommanditeinlage und damit *eo ipso* auch nicht einer überschüssenden Einlage.³³⁰ Eine überschüssende Einlage kann gemäss SIEGWART³³¹ allenfalls

³²⁵ Zu den Einreden des Kommanditärs entsprechend nachst. § 11, IX 2.4.

³²⁶ Bejahend HARTMANN, N.5 zu Art. 557, N.4 zu Art. 570 OR, SPEISER, 335; a. A. SIEGWART, N.97 der Vorbem. zu Art. 530 ff., – unter Vorbehalt des Anfechtungsanspruchs wegen Gläubigerbegünstigung – N.15 ff., insbes. N.17 und N.19 zu Art. 570 OR. Im deutschen Recht generell Vorgehen sowohl aufgrund der Haftung, als auch aufgrund der Einlageverpflichtung anerkannt. So SCHILLING, Anm. 38 zu § 171 HGB, WIELAND, 546, 711, für rückständige Einlagen sowie für während des Konkurses fällig werdende Einlagen.

³²⁷ Ziff. 2.1.

³²⁸ Vgl. VON STEIGER, 610, HARTMANN, N.20 zu Art. 610 OR (indirekt), SIEGWART, N.35 zu Art. 610/12 OR, BISCHOFF, 147.

³²⁹ Genau: eines der Kommanditsumme entsprechenden Betrages, vgl. auch nachst. § 11, IX 2.2, sowie den Vorschlag *de lege ferenda* (Art. 610 II), nachst. im Schlusswort.

³³⁰ So VON STEIGER, 610, unklar 636: Recht zur Einforderung der «Kommandite», klar wiederum S.644: Kommanditsumme, HARTMANN, N.4 zu Art. 616 OR, SIEGWART, N.35 zu Art. 610/12 OR, N.3 zu Art. 616 OR; anders WIELAND, 745 Anm. 5: Gemäss deutscher Lehre und deutschem Recht vertritt eben die Konkursverwaltung Gesellschaft und Gläubiger, s. a. WIELAND, 761, BOHNENBERG, Anm. V zu § 171 HGB, sowie nachst. § 11, IX 2.2.

³³¹ N.3 zu Art. 616 OR, ähnlich FUNK, N.1 zu Art. 616 OR.

zu einer Kompensation mit einer Gegenforderung des Kommanditärs verwendet werden. Dies widerspricht jedoch m.E. dem oberwähnten Grundsatz, denn wenn der Konkursverwaltung die internrechtliche Forderung auf Geltendmachung der Einlagepflicht nicht zusteht, kann sie auch nicht damit verrechnen.³³²

Hat der Kommanditär aufgrund seiner Haftung weniger als die vereinbarte, überschüssende Einlage geleistet, ist es wiederum Sache der übrigen Gesellschafter, im Rahmen der internen Auseinandersetzung gegen ihn vorzugehen. War umgekehrt die Kommanditsumme überschüssend und der definitive Verlustanteil des Kommanditärs, wie dies die Regel ist,³³³ auf die niedrigere Kommanditeinlage begrenzt, so steht dem Kommanditär seinerseits ein Regressanspruch gegen seine Mitgesellschafter zu.

Ist die überschüssende Einlage dagegen nicht nur versprochen, sondern geleistet, bleibt sie gemäss gesetzlicher Vorschrift (Art. 616 II OR) im Rahmen des Konkursverfahrens den Gesellschaftsgläubigern verfangen.³³⁴

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass auch die Konkursverwaltung weder eine Gesamthandsklage noch eine *actio pro socio* anzustrengen berechtigt ist. Entsprechend kann sie auch weder das eine noch das andere Klagerecht,³³⁵ sondern nur das Recht zur Einklagung der Kommanditsumme, d.h. des Haftungsbetrages,³³⁶ aufgrund Art. 260 SchKG an die Gläubiger abtreten. Bei einem anfechtbaren Rückbezug der geleisteten überschüssenden Einlage bleibt den Gläubigern die Möglichkeit der betriebsrechtlichen Anfechtungsklage vorbehalten.³³⁷

³³² Zur Verrechnungseinrede im Rahmen der Geltendmachung der Haftung, vgl. nachst. § 11, IX 2.4.3.1.3 und 2.4.3.2.2.

³³³ Vgl. Art. 601 I OR – gemäss hier vertretener Ansicht ist als Grenze die Kommanditeinlage, nicht die Kommanditsumme gemeint – vgl. nachst. § 10, II 1.

³³⁴ Vgl. zur ratio dieser Vorschrift vorst. Ziff. 2.1 sowie nachst. § 6, IV.

³³⁵ Also auch nicht die *actio pro socio*, wie HARTMANN, N.5 zu Art. 557 OR, für die KollG festhält.

³³⁶ Wie hier für die KG ausdrücklich HARTMANN, N.20 zu Art. 610 OR, anders WIELAND, 761, s. aber grundsätzlich zum deutschen Recht vorst. Fn.330, nachst. § 11, IX 2.2.

³³⁷ Vgl. auch SIEGWART, N.1 zu Art. 616 OR.

2.3 Legitimation der Mitgesellschafter?

Ob grundsätzlich eine selbständige *actio pro socio* im Zeitpunkt der Liquidation gegeben sei, ist umstritten.³³⁸ Die Möglichkeit wurde vom Bundesgericht für eine KollG³³⁹ ausdrücklich verneint; HARTMANN und VON STEIGER³⁴⁰ hingegen bejahen sie unter Hinweis darauf, dass der einzelne Gesellschafter auch – m.E. vor allem – im Liquidationsstadium das Recht haben muss, das mangelnde oder mangelhafte Handeln des Liquidators zu korrigieren. Die Klage selbst geht wiederum auf Leistung in das Gesellschaftsvermögen, d.h. im Liquidationsstadium an die Liquidationsmasse. Sowohl Gesellschaft als Gesellschafter können somit durch die Klage der Gesellschafter nur gewinnen. Dass auch die Gläubiger profitieren, vermag daran nichts zu ändern.

Für den Kommanditär in der Klägerrolle gegenüber dem Komplementär ist m.E. die Klagelegitimation ohne weiteres zu bejahen. Für den Kommanditär als Beklagtem hingegen ist die Möglichkeit eines selbständigen Vorgehens der Mitgesellschafter, d.h. neben oder statt der Liquidatoren, auf internrechtlicher Ebene – nur auf dieser bewegt sich eine *actio pro socio* – abzulehnen. Nach Auflösung der Gesellschaft kann gegen den Kommanditär nur noch auf haftungsrechtlicher Ebene vorgegangen werden. Legitimiert sind die Liquidatoren bzw. einzelne Gläubiger, im Konkursfalle die Konkursverwaltung bzw. die Abtretungsgläubiger (Art. 610 II OR). Den Komplementären verbleibt die Möglichkeit, die Liquidatoren bei Vorliegen von wichtigen Gründen durch den Richter abberufen zu lassen (Art. 583 II OR), bzw. Beschwerde gegen die Konkursverwaltung zu erheben,³⁴¹ sowie unter Umständen im Rahmen der internen Auseinandersetzung Regressansprüche gegen den Kommanditär geltend zu machen.³⁴²

³³⁸ Gegenüber der Konkursverwaltung selbst bleibt nur die Möglichkeit einer betriebsrechtlichen Beschwerde, Art. 17 ff., Art. 36 SchKG.

³³⁹ Vgl. BGE 45 II 423.

³⁴⁰ Je: N.23 zu Art. 585 OR, S. 579; s.a. PINÖSCH, 60.

³⁴¹ Diese Möglichkeit steht grundsätzlich auch dem Kommanditär zu, vgl. VON STEIGER, 651, SIEGWART, N.10 zu Art. 619 OR, HARTMANN, N.26 zu Art. 619 OR; gemäss HARTMANN, a.a.O. sowie SIEGWART, N.40 zu Art. 610/12 OR, u.U. sogar den Gläubigern.

³⁴² Vgl. vorst. Ziff. 2.3, nachst. § 5, IV.

2. Kapitel

Vermögensrechtliche Ansprüche des Kommanditärs

A Ansprüche während verbender Gesellschaft

§ 2 Anspruch auf Gewinn

I. Allgemeines

Der Kommanditär ist vollwertiger Gesellschafter. Insbesondere ist er gesamthänderisch berechtigt am Gesellschaftsvermögen und damit auch an den allfälligen stillen Reserven. Ein Anteil am Gewinn der Gesellschaft steht ihm nach heutiger Auffassung unbestrittenermassen zu. Im Gegensatz zum gewinnberechtigten Darleiher, der nur Anspruch¹ hat auf den Gewinn, wenn ein solcher erwirtschaftet wird, hat der Kommanditär darüber hinaus Anspruch auf eine sorgfältige Tätigkeit der geschäftsführenden Gesellschafter, welche geeignet ist, einen Gewinn zu schaffen.² Bei dauerndem Ausbleiben von Gewinn ist unter Umständen gar eine Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund möglich,³ wozu auch der Kommanditär legitimiert ist.⁴

¹ «Anspruch» wird hier generell i.S. von «Forderung» (und nicht i.S. von «fälliger Forderung») verwendet, wie dies in der schweizerischen Rechtssprache üblich ist, vgl. statt vieler GUHL/MERZ/KUMMER, 11, SCHÄDLER, 9.

² Vgl. SIEGWART, N.66 der Vorbem. zu Art. 530 ff. OR, WIELAND, 468/70; zu den Beteiligungen am Gewinn aufgrund anderer als gesellschaftsvertraglicher Grundlage (Darlehen, Arbeitsvertrag etc.) vgl. SIEGWART, N.6 zu Art. 533 OR.

³ Vgl. SIEGWART, N.1 zu Art. 533 OR.

⁴ Vgl. StenBullStR 1931/166, VON STEIGER, 649 f., SIEGWART, N.1 zu Art. 619 OR, HARTMANN, N.3 und N.4 zu Art. 619 OR; u. U. ist die zurückgesetzte Stellung des Kommanditärs bei der Beurteilung der «wichtigen Gründe» zu berücksichtigen, vgl. VON STEIGER, 650, N.2; HARTMANN, N.4 zu Art. 619 OR.

II. Definition des Gewinns

Gewinn im Sinne der KollG und KG ist die relative, nämlich von Jahr zu Jahr sich ergebende Vermögensvermehrung über die von den Gesellschaftern geleisteten Einlagen zuzüglich Zuwachs, abzüglich Verminderung hinaus. Gewinn liegt also bei einer KG auch dann vor, wenn die Bilanz ein Passivvermögen⁵ aufweist, das kleiner ist als das Passivvermögen des Vorjahres.⁶ Die Vermögensvermehrung kann Folge von zufälligen Wertvermehrungen, von Erträgen des Gesellschaftsvermögens, namentlich aber das Produkt der Tätigkeit der Gesellschafter sein.⁷ Der Gewinn hat insofern, im Gegensatz zur Verzinsung der Kapitaleinlage, einen aleatorischen Charakter.

III. Berechnungsgrundlage

Damit der Vermögenszuwachs der Gesellschaft ermittelt werden kann, bedarf es einer internen Berechnungsgrundlage. Die KG als (regelmässig) im Handelsregister einzutragende Personenverbindung untersteht generell den Regeln über die kaufmännische Buchführung (Art. 957 ff. OR). Sie ist darüber hinaus aufgrund von Art. 558 I in Verbindung mit Art. 598 II OR konkret verpflichtet,⁸ jährlich eine Gewinn- und Verlustrechnung sowie eine Bilanz aufzustellen.⁹ Das jährliche Rechnungsergebnis wird festgestellt durch Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven,¹⁰ wobei zu den letzteren auch die erbrachten Einlagen¹¹ der Gesellschafter zu rechnen sind. Anspruch auf einen allfälligen Gewinnanteil aus diesem Jahresergebnis hat an sich jeder Gesellschafter, auch der Kommanditär. Hingegen kann

⁵ I.S. eines Passivsaldo.

⁶ Vgl. WIELAND, 549, Anm. 7, der entsprechend zwischen relativem (KollG und KG) und absolutem (z.B. AG) Gewinn unterscheidet.

⁷ Vgl. SIEGWART, N.1 und N.2 zu Art. 533 OR.

⁸ An sich rein gesellschaftliche interne Pflicht, vgl. SIEGWART, N.3 zu Art. 558/60 OR, Grenze i.S. des Gläubigerschutzes: Verbot des Rechtsmissbrauches, insbes. betriebsrechtlich anfechtbare Gläubigerbegünstigung, vgl. VON STEIGER, 502.

⁹ Ob der Kommanditär dabei mitzuwirken hat, ist umstritten. Dafür: SIEGWART, N.12 zu Art. 599/600 OR, dagegen: HARTMANN, N.8 zu Art. 600 OR, vgl. auch BOHNENBERG, Anm. 1 zu § 120 HGB.

¹⁰ Bzw. Aufwand und Ertrag; zum Aufwand gehören auch die Zinsen, vgl. nachst. § 3, I.

¹¹ D.h. die Kommanditeinlage des Kommanditärs, keinesfalls die Kommanditsumme – unzutreffend GUHL/MERZ/KUMMER, 596, BGE 45 II 533.

grundsätzlich kein Gewinn aus einzelnen Geschäften gefordert werden.¹² Wird der Gewinn gemäss Gesellschaftsvertrag anhand des jeweiligen Kapitalanteils verteilt, so ist der Stand anfangs des Geschäftsjahres, d.h. gemäss der jeweiligen Eröffnungsbilanz massgebend.¹³

Hervorzuheben ist, wie bereits kurz erwähnt, dass es für die Berechnung des grundsätzlichen Gewinnanspruches bei der KG (und KollG) immer nur auf den Vergleich mit der letzten Bilanz, nicht auf einen Vergleich mit dem ursprünglichen Gesellschaftsvermögen (im Sinne der Summe der anfänglich geleisteten Einlagen) ankommt.¹⁴

Eine solche Lösung steht im scharfen Gegensatz vor allem zum Rechte der AG. Der Unterschied liegt darin begründet, dass die KG im Hinblick auf die persönliche Haftung ihrer Gesellschafter nicht verpflichtet ist, im Interesse der Gläubiger ein bestimmtes Mindestvermögen zu sichern,¹⁵ ehe ein Gewinn verteilt werden darf.¹⁶

Das Ausgeführte gilt im vollen Umfange auch für den Kommanditär. Auf einen bestimmten, grundsätzlich unveränderlichen Betrag festgelegt ist nur seine Haftung. Hingegen darf er keinesfalls – wie auf Umwegen, vor allem über Art. 601 III und Art. 609 OR – immer wieder versucht wird, dazu gezwungen werden, seine ursprüngliche interne Einlage, falls überhaupt geleistet, *im Hinblick auf die Gläubiger* zu erhalten.¹⁷ Auch er unterliegt keiner Kapitalerhaltungspflicht im Sinne der aktienrechtlichen Vorschriften.¹⁸

Es steht den Gesellschaftern vielmehr frei, dem Kommanditär Rückbezüge sowie Bezüge jeglicher Art (unter Einschluss von Zinsen und Gewinn in bzw. nach Verlustjahren¹⁹) zu gewähren, ohne dass sich die

¹² Vgl. z.B. Rep.108(1975)289 ff.

¹³ Vgl. SIEGWART, N.12 zu Art. 558/60 OR, vgl. auch Berechnungsgrundlage beim Zins – nachst. § 3, III.

¹⁴ Entsprechend können der Gesellschaftskasse gemäss Art. 559 I OR Gewinne des «abgelaufenen Geschäftsjahres» entnommen werden.

¹⁵ Vgl. immerhin Art. 4, insbes. Abs. 4 des BG über die Banken und Sparkassen vom 8.11.1934.

¹⁶ Vgl. z.B. HUECK, 107.

¹⁷ Die Gesellschaftsgläubiger haben nur ein Vorrecht am Vermögen, so wie es im Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft besteht, vgl. SIEGWART, N.2 zu Art. 570 OR, s.a. HARTMANN, N.5 zu Art. 616 OR.

¹⁸ Dazu auch nachst. VI 1.3.1.

¹⁹ In der Folge wird diese vereinfachende Formulierung mehrfach verwendet: i.S. von Jahren, in denen der *Kapitalanteil* durch Geschäftsverluste vermindert worden war. Zu diesen notwendigen Präzisierungen vgl. nachst. V 1.3.2 und 1.3.3 sowie § 9, I und II.

Gläubiger dagegen wehren können.²⁰ Es steht den Komplementären wie erwähnt sogar frei, auf die Leistung einer Einlage des Kommanditärs überhaupt zu verzichten. Dies ist allgemein anerkannt.²¹

Eine KG ist also auch von diesem Gesichtspunkt her keineswegs eine Annäherung an eine Kapitalgesellschaft. Die Kommanditsumme ihrerseits – als im Aussenverhältnis einzige massgebende Grösse – ist lediglich Haftungssumme, nicht Teil eines minimal geleisteten oder zu leistenden internen Grund- oder Gesellschaftskapitals.²²

IV. Gewinnbeteiligung/Rechtsgrundlagen

Der Umfang der Gewinnbeteiligung²³ der einzelnen Gesellschafter regelt sich als Internum in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag (Art. 598 OR); die bezüglichlichen gesetzlichen Bestimmungen sind dispositiver Natur.

1. Gesellschaftsvertrag

Meist wird der Gesellschaftsvertrag²⁴ Bestimmungen über den Umfang der Gewinnbeteiligung der einzelnen Gesellschafter enthalten. Es sind dies gar meist die Kernbestimmungen, zumindest einer kaufmännischen KG. Das Bedürfnis nach einer Regelung dieser Ansprüche ist gerade bei einem Gesellschaftsverhältnis, welches, wie die KG, verschiedene Gesellschafterkategorien umfasst (vgl. die Legaldefinition in Art. 594 I OR), gross. Entsprechend sind verschiedenste Ausgestaltungen möglich und

²⁰ Zur internrechtlichen Bezugsbeschränkung des Kommanditärs betr. Gewinnanteile zufolge Verminderung seines Kapitalanteils durch vorangegangene Verluste vgl. nachst. V 1.3.

²¹ Vgl. vorst. § 1, III 1.

²² Vgl. vorst. § I, II. Gefährlich daher die wiederholte Behandlung des Kommanditärs «analog» zum Aktionär bei PATRY, Précis, 330, 332, 350.

²³ Dieser Begriff wird hier aus dem OR übernommen, und auch anschliessend – meist – verwendet, obwohl derjenige der Gewinnverteilung (vgl. § 168 HGB) bzw. der Gewinnaufteilung m.E. adäquater und insbes. auch auf den Verlust analog anwendbar wäre. Zur vom Gesetz abweichenden Begriffsbildung im Zusammenhang mit dem Verlust vgl. nachst. § I, I.

²⁴ Genügend, auch wenn vom Gesetz nicht besonders erwähnt, ist unbestrittenermassen ein Gesellschafterbeschluss, vgl. VON STEIGER, 621.

auch anzutreffen.²⁵ Die Aufnahme bezüglichlicher Bestimmungen in den Gesellschaftsvertrag ist denn auch unbedingt zu empfehlen, da die nachträgliche Feststellung durch den Richter angesichts der oberwähnten Vielfalt meist schwierig, zeitraubend und entsprechend kostspielig ist.²⁶

Die Regel bildet eine umfangsmässig irgendwie geartete Beteiligung des Kommanditärs am Gewinn.²⁷ Selten, nicht typisch, aber nach überwiegender und auch einleuchtender Ansicht doch möglich, ist ein vertraglich vereinbarter, vollständiger Ausschluss vom Gewinn – trotz Anteil am Verlust, denn andernfalls liegt gar kein Gesellschaftsverhältnis mehr vor.²⁸ Voraussetzung ist, dass dadurch anderweitige Interessen des Gesellschafters, hier des Kommanditärs, gefördert werden.²⁹

Besteht z.B. der Zweck der Gesellschaft im Betrieb eines Unternehmens, so genügt das Interesse des Gesellschafters, dieses Unternehmen als Kunden bzw. Lieferanten zu haben.³⁰

Die Grenze liegt dort, wo nur noch *einer* profitiert, wie eben der berühmte Löwe in der Fabel von PHAEDRUS, wonach Kuh, Ziege, Schaf und Löwe eine Gemeinschaft zur Futterbeschaffung eingingen und der Löwe allein alles auffrass. Hier allerdings fehlt die für jede Gesellschaftsform begriffsnotwendige «*affectio societatis*».³¹

Möglich ist selbstverständlich eine vertragliche Gleichbehandlung von Komplementär und Kommanditär, d.h. eine Verteilung des Gewinns nach

²⁵ Eine Berücksichtigung der Gläubigerinteressen ist keineswegs erforderlich; sie sind durch die gesetzlichen zwingenden Haftungsbestimmungen geschützt. Unzutreffend ZR 27(1928)55, GUHL/MERZ/KUMMER, 6.A., 556. – Vgl. im übrigen die zahlreichen Muster für KG-Verträge bei KLAUSS/MITTELBACH, 288 ff.

²⁶ Auslegung von entsprechenden unklaren Vertragsbestimmungen in BGE 53 II 495 f. Allgemein scheint die Frage auch wirklich geregelt zu sein, denn Gerichtsurteile sind selten, vgl. dazu noch nachst. im Text.

²⁷ Sobald dem Kommanditär ein Gewinnanspruch zusteht, erhält auch sein Einsichtsrecht in die Gewinn- und Verlustrechnung Bedeutung (Art. 600 III OR), vgl. auch CHRIST, 46.

²⁸ Vgl. z.B. BGE 25 II 573.

²⁹ Vgl. SIEGWART, N.5 zu Art. 533 OR, Botsch. 1928 zu E III, 221; gemäss HUECK, 107 f., heute herrschende Meinung auch in der deutschen Lehre und Rechtsprechung, a.A. noch WIELAND, 537.

³⁰ Vgl. HUECK, 38; generell sind indes persönliche Interessen reine Motive, nicht Vertragsbestandteil, vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1, N.38.

³¹ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1, N.41. Die so oft verpönte *societas leonina* bedeutet also im ursprünglichen Sinne nur eine unzulässige Ausschliessung vom Gewinn, so z.B. HUECK, 107. Häufiger wird der Begriff allerdings heutzutage – ausgehend von Art. 533 III OR – im Zusammenhang mit dem Ausschluss der Verlusttragungspflicht verwendet, vgl. BECKER, N.11 zu Art. 533 OR, PATRY, Précis. 362, VON STEIGER, 498, 624 inkl. N.44. Im ital. Recht gilt sowohl vollständiger Gewinn als auch vollständiger Ausschluss vom Verlust als – nichtiger – «*patto leonino*» (vgl. art.2265 CCit.).

Köpfen; sie wird aber eher selten sein.³² In Frage kommt auch eine Aufteilung nach dem Stand der Kapitalanteile.³³ Häufig ist eine Aufteilung nach Prozenten bzw. Bruchteilen.

Möglich und offenbar verbreitet ist es schliesslich, dem Kommanditär anstatt des Gewinnanteils eine feste, vom Geschäftsergebnis unabhängige Verzinsung zu versprechen.³⁴ Darunter ist genau betrachtet indes nicht, bzw. jedenfalls nicht nur, die gesellschaftliche Vereinbarung eines Zinsanspruchs an sich zu verstehen,³⁵ sondern die Vereinbarung einer *Auszahlung* des Zinsbetrreffnisses auch in bzw. nach Verlustjahren,³⁶ eine Befreiung von der gesetzlichen Begrenzung des Bezugsrechts also.³⁷ Will aber ein solcher Kommanditär es vermeiden, dass die Verzinsung in schlechten Geschäftsjahren von den Gläubigern als Kapitalrückzahlung behandelt werde und dementsprechend ihn haftbar mache, muss eine Spezialreserve gebildet, oder er selbst vollständig von der Verlusttragungspflicht befreit werden.³⁸

2. Gesetz

2.1 Art. 533 II OR

Ist die gesellschaftsvertragliche Regelung bzw. der Beschluss der Gesellschafter in dem Sinne unvollständig, dass er sich nur über den Umfang der Verlustaufteilung ausspricht, so springt subsidiär Art. 533 II OR aus dem Rechte der einfachen Gesellschaft in die Lücke, d.h. es gilt die entsprechende Vereinbarung auch für die Gewinnbeteiligung.³⁹ Für das

³² Vgl. u.a. HARTMANN, N.3 zu Art. 601 OR.

³³ Zu den Schwierigkeiten bei Vorliegen von einem oder mehreren negativen Kapitalanteilen vgl. U.HUBER, 269 ff., vgl. auch Fn.42 nachst. Zum negativen Kapitalanteil des Kommanditärs vgl. nachst. § 9, V 2.

³⁴ Vgl. z.B. SIEGWART, N.5 zu Art. 601 OR, HARTMANN, N.16 zu Art. 601 OR.

³⁵ Welcher nach hier vertretener Auffassung sowieso von Gesetzes wegen gegeben ist, vgl. nachst. § 3, II.

³⁶ Im Sinne von Jahren, in denen der Kapitalanteil durch Verluste vermindert ist oder durch den Bezug vermindert würde, ähnlich – ohne die notwendigen Präzisierungen – SIEGWART, N.5 zu Art. 601, HARTMANN, N.16 zu Art. 601 OR.

³⁷ Vgl. nachst. V 1.3.2 und § 3, IV 1.3.

³⁸ Vgl. nachst. § 11, VIII 4.2.3.2 sowie § 9, IV 1.

³⁹ Vgl. HARTMANN, N.7 zu Art. 601 OR, SIEGWART, N.3 zu Art. 601, N.15 zu Art. 533 OR, VON STEIGER, 622; ZR 16(1917)130, ZBGR 2(1921)151, Sem.jud. 38(1916)519, STIFFLER, 34. Dasselbe gilt für den viel häufigeren Fall, dass nur die Gewinnbeteiligung geregelt ist, vgl. nachst. § 9, IV 2.1; hiezu insbes. BGE 24 II 184, 42 II 128 f.

richterliche Ermessen im Sinne von Art. 601 II OR bleibt diesfalls grundsätzlich kein Spielraum.⁴⁰ Allerdings können besondere Umstände für eine andere Auslegung des Gesellschaftsvertrages sprechen. Ziel einer solchen Auslegung des Gesellschaftsvertrages ist in jedem Fall ein harmonisches Gesamtergebn.⁴¹

2.2 Art. 601 II OR

Für den Fall des Fehlens jeglicher Vereinbarung betreffend Gewinn- und Verlustaufteilung gilt subsidiär Art. 601 II OR.

In Abwandlung des in Art. 533 I OR für die einfache Gesellschaft statuierten – sowie mangels abweichender Bestimmungen auch für die KollG geltenden Gleichbehandlungsprinzips der Gesellschafter mit entsprechender Gewinnbeteiligung nach Köpfen – verweist das Gesetz im genannten Art. 601 II OR betreffend Gewinnbeteiligung im Rahmen der KG auf das *freie Ermessen*⁴² des Richters.⁴³ Da sich die KG per definitionem aus zwei grundsätzlich verschiedenen Gesellschafterkategorien zusammensetzt, welche zudem einer vertraglich sehr verschieden ausgestalteten Stellung im Einzelfall zugänglich sind, vermag eine derartig flexible Bestimmung den konkreten Umständen am ehesten gerecht zu werden.⁴⁴ Nur so kann auch dem zwingenden Gebot der Logik, wonach Gleiches gleich, Ungleiches ungleich zu behandeln ist, entsprochen werden. Eine inhaltlich gleiche Bestimmung enthielt übrigens bereits Art. 596 II aOR.

Auch das deutsche Recht verweist betreffend Aufteilung des Gewinns auf das Ermessen, indem gemäss § 168 II HGB «in den Umständen nach angemessenes Verhältnis der Anteile» (betreffend Gewinnrest⁴⁵ und Verlust) als bedungen gilt. Gemäss WIELAND⁴⁶ erwiesen sich sämtliche bei

⁴⁰ So VON STEIGER, a.a.O., HARTMANN, a.a.O.

⁴¹ Vgl. SIEGWART, N.3 zu Art. 601, N.104/106 der Vorbem. zu Art. 530 ff. OR.

⁴² Auf das richterliche Ermessen möchte es U.HUBER, 274 ff. auch für die Gewinnverteilung bei der KollG ankommen lassen und zwar in Fällen, wo die Gewinnverteilung – bei grundsätzlicher Abstützung auf den Umfang der Kapitalanteile – zufolge des Vorliegens von einzelnen negativen Kapitalanteilen erschwert ist. Zum interessanten Problem, das sich bei entsprechender gesellschaftsvertraglicher Regelung natürlich auch bei einer KG stellen kann, vgl. U.HUBER, 269 ff.

⁴³ Zur Herbeiführung des Entscheids durch Klage – einer Feststellungsklage – ist jeder Gesellschafter legitimiert, vgl. HARTMANN, N.6 zu Art. 601 OR.

⁴⁴ Gemäss CHRIST, 44, gibt es keine für den Kommanditär typische Interessen- und Beteiligungslage.

⁴⁵ Bzw. «Mehrgewinn», dazu nachst. im Text.

⁴⁶ S. 748, Anm. 15.

Abfassung des AHGB gemachten Vorschläge zur Aufstellung eines allgemeinen Beteiligungsmassstabes als undurchführbar.

Zu beachten ist, dass die erwähnte Regelung formell zwar für den Kommanditär allein geschaffen wurde, dass sie aber materiell auch für den Komplementär gilt. Dies zumindest im Hinblick auf sein Verhältnis zum Kommanditär, da die Festsetzung des Gewinns von Kommanditär und Komplementär, ihrerseits bedingt durch ein- und dieselbe Vermögensmasse, voneinander abhängig sind, d.h. die Gewinnbeteiligung des Kommanditars sich eo ipso auch auf den Komplementär auswirkt.⁴⁷

Für das Verhältnis zwischen mehreren Komplementären untereinander hingegen wird – Gesellschaftsvertrag vorbehalten – das Gleichbehandlungsprinzip im Sinne einer mutmasslichen Verteilung nach Köpfen, ohne Rücksicht auf Art und Grösse des Beitrages, als wegleitender Grundsatz seine Bedeutung beibehalten.⁴⁸

Der Richter hat also gemäss Art. 601 II OR einen Ermessensentscheid im Sinne von Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit zu treffen.⁴⁹ Er hat hierbei sämtliche Faktoren persönlicher und sachlicher Natur zu würdigen und gegenseitig abzuwägen, die auf das Geschäftsergebnis eingewirkt haben.

Nicht massgebend ist vorweg:

- Wie ein früherer Kommanditär der Gesellschaft behandelt wurde.⁵⁰

Massgebend ist hingegen:

- Die von den einzelnen Gesellschaftern geleistete Arbeit, auch die Arbeit des Kommanditars, soweit er für die Gesellschaft tätig ist.⁵¹ Gerade diese Arbeit abzuschätzen ist aber oft die schwierigste Aufgabe.⁵²

⁴⁷ Vgl. VON STEIGER, 621.

⁴⁸ So auch HARTMANN, N.4 zu Art. 601 OR. Art. 593 aOR, der den Grundsatz, wonach mehrere Komplementäre unter sich zugleich eine KollG bildeten, wurde – aufgrund des allgemeinen Verweises in Art. 598 II OR auf die KollG – als entbehrlich gestrichen, vgl. StenBullStR 1931/162.

⁴⁹ Vgl. dazu grundsätzlich EGGER, Zürcher Kommentar zu den Einleitungsartikeln des ZGB, N.8 ff. zu Art. 4 ZGB, MEHR-HAYOZ, Berner Kommentar zu den Einleitungsartikeln des ZGB, N.11 ff. zu Art. 4 ZGB, DESCHENAUX, in Schweizerisches Privatrecht, Bd.II, 130 ff.

⁵⁰ Vgl. HARTMANN, N.7 zu Art. 601 OR; ZR 16(1917)84 (Bundesgericht).

⁵¹ Vgl. VON STEIGER, 622; s.a. SUDHOFF, 224, LEHMANN/DIETZ, 201.

⁵² Vgl. WIELAND, 748, Anm. 15, PATRY, Précis, 343.

- Die von den Gesellschaftern eingebrachten oder zur Verfügung gestellten Vermögenswerte, d.h. die Beiträge nach Ausmass und Bedeutung für das Geschäftsergebnis.⁵³
- Die von den Gesellschaftern übernommenen, unbeschränkten oder beschränkten Haftungen⁵⁴ und die dadurch bewirkte Kreditfähigkeit der Gesellschaft, wobei unter Umständen die vom Kommanditär übernommene (beschränkte) Haftung von grösserer Bedeutung ist als die unbeschränkte Haftung der Komplementäre – auch dies also eine Frage des konkreten Falles.⁵⁵ Die unbeschränkte Haftung fällt denn auch desto mehr ins Gewicht, je günstiger die Vermögenslage des Komplementärs ist. Jedoch spielt auch die Vermögenslage des Kommanditärs eine Rolle,⁵⁶ insbesondere in Fällen da er von der Leistung einer Einlage im internen Verhältnis entbunden war.⁵⁷

Wie ersichtlich, sind Gerichtsurteile über die Frage der Gewinnaufteilung bei der KG äusserst selten; offenbar und verständlicherweise wird diese Frage bei Vertragsabschluss meist gründlich geregelt. Auch der Bundesgerichtshof hat sich zu der Frage des «den Umständen angemessenen Verhältnisses» bisher nur sehr allgemein geäussert.⁵⁸ Zu beachten ist zudem, dass die Begriffe des deutschen Rechts auch bezüglich Gewinn nicht voll mit denjenigen des schweizerischen OR übereinstimmen: Gemäss deutschem Recht hat jeder Gesellschafter, also auch der Kommanditist – wie der beschränkt haftende Gesellschafter genannt wird – vom Jahresgewinn 4% seines Kapitalanteils vorweg zugute (vgl. § 168 I in Verbindung mit § 121 I und II HGB).⁵⁹ Absatz 2 von § 168 HGB bezieht sich daher nur auf den Gewinn, der diesen Betrag, die sogenannte Vordividende, übersteigt, d.h. nur auf den sogenannten Gewinnrest.⁶⁰

⁵³ Vgl. VON STEIGER, 622, HARTMANN, N.5 zu Art. 601 OR, PATRY, Précis, SUDHOFF, LEHMANN/DIETZ, je a.a.O.

⁵⁴ Vgl. SUDHOFF, a.a.O., PATRY, Précis, a.a.O.

⁵⁵ Vgl. VON STEIGER, 622, ähnlich, ohne Wertung, HARTMANN, N.5 zu Art. 601 OR.

⁵⁶ Vgl. WIELAND, 748, Anm. 15.

⁵⁷ Vgl. vorst. § 1, III 1.

⁵⁸ Vgl. BOHNENBERG zu § 168 II HGB (S.511).

⁵⁹ Zur Frage, ob es sich hierbei nicht eher um eine Verzinsung handle, s. nachst. § 3, I.

⁶⁰ Gem. SCHILLING, Anm. 6 zu § 168 HGB, ist es im Regelfall angemessen, den Komplementären für ihre persönliche Haftung und ihre unternehmerische Leistung einen «Gewinnvoraus» (ca. 10-30%) zu gewähren, und den verbleibenden Gewinn (und Verlust) nach dem Verhältnis der Kapitalanteile zu verteilen. Ähnlich KLAUSS/MITTELBACH, 153, Anm. 252; s.a. PATRY, Précis, 343.

V. Verwirklichung des Gewinnanspruchs

1. Bezug des Gewinnanteils

1.1 Allgemeines / Gesellschaftsvertrag

Vom Anspruch auf die Gewinnbeteiligung an sich ist zu unterscheiden der Anspruch des Gesellschafters auf Bezug der Leistung zulasten seines Kapitalanteils.⁶¹ Dem Bezug⁶² durch Auszahlung⁶³ ist im vorliegenden Zusammenhang ein Bezug durch Verbuchung auf ein (aussergesellschaftliches) Sonderkonto des Gesellschafters gleichzusetzen.⁶⁴ Auch für diese Frage ist in erster Line der Gesellschaftsvertrag massgebend. Er wird vielfach, im Interesse einer «Eigenkapitalbildung» auch über das Gesetz hinaus Einschränkungen betreffend Bezugsrecht statuieren. Das Umgekehrte ist aber genauso möglich, denn weder die KollG noch die KG sind – wie mehrfach ausgeführt – gesetzlich verpflichtet, überhaupt ein «Gesellschaftskapital» zu bilden bzw. zu erhalten.

Von Gesetzes wegen wird die Frage, ob und wie weit der Gesellschafter seinen Gewinnanteil beziehen kann, für die KollG in Art. 559 I und Art. 560 I OR (dispositiv) klar geregelt. Gemäss Art. 559 I OR hat der Kollektivgesellschafter grundsätzlich das Recht, der Gesellschaftskasse Gewinne des abgelaufenen Geschäftsjahres zu entnehmen und zwar gemäss Absatz 2 von Art. 559 OR – im Gegensatz zu den Zinsen und Honoraren, die echte Gesellschaftsschulden darstellen – erst nach Feststellung und Genehmigung der Bilanz.⁶⁵

⁶¹ Unpräzise der Ausdruck «zulasten der Gesellschaftskasse», enthalten z.B. auch in Art. 559 I OR, denn wie v.a. KEUK, 411, treffend hervorhebt und ausführlich begründet (410 ff.), ist jedenfalls für den Kommanditär ausschliesslich massgebend, ob er seine Beteiligung (sein haftendes Kapital) leistet oder mindert, nicht die Gesellschaftskasse, das Gesellschaftsvermögen an sich; dazu noch nachst. § 11, VIII 1, 2 und 4.

⁶² V.a. im deutschen Recht und in der deutschen Lehre häufig als «Entnahme» bezeichnet, vgl. z.B. Titel zu § 169 HGB.

⁶³ Zur unvollständigen Bedeutung dieses Begriffs (ähnlich «Ausrichtung») im Hinblick auf den Bezug vgl. auch nachst. Fn. 150.; vgl. die Verwendung auch in § 169 I sowie § 172 IV HGB.

⁶⁴ So auch SIMON, 54, U. HUBER, 254, Anm. 51, betreffend § 169 II HGB mit Zitaten, BOHNENBERG, Anm. II zu § 169 HGB (vgl. aber Anm. VI zu § 172 HGB), SCHILLING, Anm. 13 zu § 167 und Anm. 9 zu § 169 HGB (vgl. aber demgegenüber Anm. 8 zu § 169 HGB), STAUB, Anm. 1 zu § 167 HGB, SCHLEGELBERGER/GEISLER, Anm. 12 zu § 169 HGB. Zu der teilweise unterschiedlichen Behandlung im Haftungszusammenhang vgl. nachst. § 11, VIII 4.

⁶⁵ Vgl. nachst. Ziff. 1.4.

1.2 Gesetzliche Beschränkung des Bezugsrechts für den Komplementär: Art. 560 I OR

Das Bezugsrecht des Kollektivgesellschafters und damit des Komplementärs besteht jedoch – auch von Gesetzes wegen – nicht grenzenlos. Ist nämlich sein Kapitalanteil⁶⁶ durch *Verluste* des oder der Vorjahre angegriffen, so hat er aufgrund von Art. 560 I OR vorerst diese Verminderung durch *Stehenlassen* der späteren⁶⁷ Gewinne auszugleichen. Ein Bezug von gutgeschriebenen Gewinnanteilen ist erst wieder erlaubt, «wenn die durch den Verlust bewirkte Verminderung ausgeglichen ist» (Art. 560 I OR a.E.), d.h., wenn der Kapitalanteil den Stand vor Beginn der Verluste⁶⁸ wieder erreicht hat. Dem Komplementär obliegt folglich eine entsprechende Beschränkung seines Bezugsrechts, eine reine *Unterlassungspflicht* also, nicht etwa eine Pflicht zur – aktiven – Ergänzung des verminderten Kapitalanteils aus eigenen Mitteln, im Sinne einer Nachschusspflicht.⁶⁹ Eine derartige Pflicht wird in Absatz 2 a.E. von Art. 560 OR sogar ausdrücklich ausgeschlossen. Vertraglich kann sie selbstverständlich eingeführt werden.

An sich beinhaltet Art. 560 I OR einen gewissen Ansatz zur Erhaltung eines «Gesellschaftsvermögens». Dieser ist aber vorweg – wie dargelegt – beschränkt auf den Fall, dass die Gesellschaft in früheren Geschäftsjahren Verluste erlitten hat.⁷⁰ Verminderungen des Kapitalanteils

⁶⁶ Vgl. den klaren Wortlaut von Art. 560 I OR, HARTMANN, N.3 zu Art. 560 OR, SIEGWART, N.34 zu Art. 558/60 OR; ungenau HIRSCH, 166: «apport», teilweise gl. FOLLIET, 90; gemäss franz. Text deutlich – «*part de l'actif social*» (Art. 558 II, 560 I OR). Zutreffend und genau FOLLIET, 91. – Anders allerdings noch Art. 557 II aOR: Einlage, gemäss E I Art. 562 I und E II Art. 574 I «vertragliche Einlage». Vgl. zur Diskussion in der ExpKomm, Prot. S.35-39. Zutreffend wäre neben dem Begriff des Kapitalanteils noch der Begriff der *geleisteten* Einlage (i.w.S.), vgl. nachst. Ziff. 1.3.2 sowie vorst. § 1, III 3.

⁶⁷ Es geht also nur um den Ausgleich *früherer* Verluste; so noch deutlich Art. 557 II aOR, WIELAND, 751. Später gemachte Verluste verpflichten nicht zur Rückzahlung von früheren Gewinnbezügen, so ausdrücklich § 169 II HGB, LEHMANN/DIETZ, 202, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1180; s.a. HARTMANN, N.13 zu Art. 601 OR.

⁶⁸ Vgl. ProtExpKomm, 35 ff., insbes. S.39, s.a. HARTMANN, N.3 zu Art. 560 OR, SIEGWART, N.34 zu Art. 558/60 OR. Sind allerdings im Verlaufe mehrerer Verlustjahre auch Rückbezüge getätigt worden, so ist der Umfang der Bezugsbeschränkung anhand einer differenzierten Berechnung, welche nur der Summe der Verminderungen durch Verluste Rechnung trägt, zu ermitteln, vgl. nachst. Ziff. 1.3.2, s.a. die Rechnungsbeispiele im Zusammenhang mit dem Kapitalkonto des Kommanditärs (Variante B).

⁶⁹ Dazu vorst. vor § 1, nachst. Ziff. 1.3 sowie § 9, V.

⁷⁰ Insofern ähnlich – allerdings zwingend – bei der AG aufgrund von Art. 675 II OR, vgl. dazu statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, § 1, N.27, § 35, N.10; zum wesentlichen Unterschied: Verlustaufteilung, nicht -vortrag bei KG, u.U. in verschiedenem Ausmasse, vgl. FOLLIET, 89, sowie nachst. im Text.

durch Rückbezüge sind hingegen nicht auszugleichen bzw. genauer: führen zu keinerlei Bezugsbeschränkungen,⁷¹ und sind vor allem nicht untersagt, d.h. die KollG (und KG) kennt im Gegensatz zur AG kein Verbot der Rückzahlung von Einlagen.⁷² Zudem bleibt die erwähnte Unterlassungspflicht immer nur bezogen auf den Kapitalanteil je eines Gesellschafters bzw. Komplementärs, nie auf das «Gesellschaftsvermögen» an sich,⁷³ d.h. es trifft die Pflicht jeden einzelnen, unabhängig von den anderen, bezüglich *seines* Gewinnanteiles sowie bezüglich *seinem*, allfällig zufolge der Geschäftsverluste verminderten, Kapitalanteile.⁷⁴ Entsprechend greift die Bezugsbeschränkung nur ein, falls der betreffende Gesellschafter nicht etwa vertraglich völlig von der Verlusttragungspflicht befreit ist.⁷⁵ Schliesslich und vor allem ist die Bestimmung unbestrittenermassen, da Interna der Gesellschafter berührend, vollumfänglich dispositiv,⁷⁶ vermag also die Gläubiger nicht ernsthaft zu schützen. Die KollG wird dadurch keineswegs zur Kapitalgesellschaft.

1.3 Gesetzliche Beschränkung des Bezugsrechts für den Kommanditär

Eine Beschränkung des Bezugsrechts des Kommanditärs betreffend die ihm an sich zustehenden Gewinnanteile wird einhellig – auch in der vorliegenden Studie – bejaht. Sie drängt sich schon aus Gründen der Gleichbehandlung mit dem Komplementär auf. Es wäre nicht einzusehen, warum der Kommanditär in einem auf Verlustjahre⁷⁷ folgenden Gewinnjahr – durch Bezug statt Stehenlassen seiner Gewinnanteile – sollte Profit

⁷¹ Vgl. Rechenbeispiel nachst. Ziff. 1.3.2. – Der Begriff *Bezugsbeschränkung* wird in der Folge gleichwertig mit dem etwas schwertfälligen Begriff *Beschränkung des Bezugsrechts* bzw. *Bezugsrechtsbeschränkung* verwendet. Gleichbedeutend mit den erwähnten Begriffen ist die *Verpflichtung zum Stehenlassen* (der Gewinne etc.); sie bezeichnet die Kehrseite ein und derselben rechtlichen Gegebenheit.

⁷² Art. 680 II OR, vgl. statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, § 1, N.26, § 29, N.22.

⁷³ Ein solches gibt es genau genommen überhaupt nicht, sondern nur eine Anzahl von Kapitalanteilen der einzelnen Gesellschafter, s.a. VON DER WEID, 23.

⁷⁴ Vgl. u.a. den Wortlaut von Art. 560 I OR, SIEGWART, N.34 zu Art. 558/60 OR, HIRSCH, 106, 173, FOLLIET, 89. Ausgezeichnet schon BGE 45 II 537, allerdings betr. Kommanditärzinsen.

⁷⁵ Vgl. zu dieser Möglichkeit nachst. § 9, IV 1.

⁷⁶ Trotz der Wendung *«darf erst dann wieder ausbezahlt werden»* in Art. 560 I revOR, so ausdrücklich SIEGWART, N.34 zu Art. 558/60 OR, s.a. SPEISER, 332, für den Kollektivgesellschaftler; seiner – hier als unzutreffend erkannten – Ansicht nach im Gegensatz zur Rechtslage beim Kommanditär.

⁷⁷ Immer unter der Voraussetzung des durch seinen Anteil am Verlust verminderten Kapitalkontos.

ziehen können. Seine grundsätzliche Gleichwertigkeit als Gesellschafter im Innenverhältnis bringt auch eine entsprechend gleichgelagerte gesellschaftsinterne Mitverantwortung mit sich.

Einer kritischen Prüfung bedarf jedoch die Frage nach der *Rechtsgrundlage* und damit nach dem genauen Inhalt und vor allem *Umfang*, insbesondere nach der massgeblichen Bezugsgrösse betreffend Beschränkung des Bezugsrechts des Kommanditärs.

Vereinzelte ist als Rechtsgrundlage Art. 560 I OR auch für die Bezugsbeschränkung des Kommanditärs⁷⁸ sowie Art. 611 I OR in seiner internrechtlichen Bedeutung anzutreffen.⁷⁹

Die überwiegende Lehre indes versucht, die Bezugsbeschränkung, als *passive* Pflicht des Kommanditärs zum Stehenlassen seiner Gewinnanteile nach Verlusten, in eine «Auffüllungspflicht»⁸⁰ bzw. in eine (offenbar) zwingende⁸¹ Bezugsbeschränkung umzuwandeln. Letzteres ist a priori nicht annehmbar bezüglich Interna einer Personengesellschaft.⁸²

Die Annahme einer internen «Auffüllungspflicht» ihrerseits scheint teilweise auf einer unzutreffenden Blickrichtung zu beruhen. So lehnen die erwähnten Autoren zwar eine *aktive* «Auffüllung» (wie dieser Begriff allenfalls nahelegen könnte) einhellig ab, umschreiben vielmehr die entsprechende Pflicht – zutreffend – im passiven Sinne, nämlich als eine Verpflichtung zum Nicht-Bezug, zum Stehenlassen, im Sinne einer Unterlassungspflicht also.⁸³ Im übrigen sind sie indes ausdrücklich bestrebt, jegliche Verminderung des Kapitalanteils⁸⁴ einer solchen Pflicht zu unterziehen, sowie insbesondere auch die Auffüllung einer nicht oder noch nicht geleisteten «Einlage» zu erreichen – und zwar je immer bezogen auf den Betrag der publizierten oder sonstwie kundgegebenen Kommanditsumme.⁸⁵ Die Blickrichtung nähert sich somit derjenigen im Aussenverhältnis. Denn dort lautet die Frage, nach Auflösung der Gesell-

⁷⁸ Vgl. HIRSCH, 171, N.23, i.V. mit S.166.

⁷⁹ Soweit ersichtlich ausschliesslich FOLLIET, 81 f., 90; vgl. dazu nachst. Ziff. 1.3.2.

⁸⁰ Vgl. VON STEIGER, 620, 621 inkl. N.34, 623, inkl. N.41, 624, 632, N.18, dem Inhalt nach auch HARTMANN, N.12/13 zu Art. 601, N.4 zu Art. 611 OR, FUNK, N.3 zu Art. 601, N.1 zu Art. 611 OR.

⁸¹ Vgl. auch KAUFMANN, 65, v.a. SPEISER, 330, STIFFLER, 31, GUHL/MERZ/KUMMER, 6.A., 556, 7.A., 596, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.31 (betr. Zinsen).

⁸² Vgl. statt vieler SIMON, 57.

⁸³ Vgl. VON STEIGER, 621, 623, 623, N.41, HARTMANN, a.a.O., FUNK, a.a.O.; s.a. BGE 45 II 539 f. – Ähnlich SCHILLING, Anm. 5 zu § 168 HGB, s.a. den treffenden Ausdruck «Gewinnentnahmesperre» bei TELKAMP, 19.

⁸⁴ Insbes. auch durch Rückbezüge, vgl. Fn.110 nachst.

⁸⁵ Zu letzterem noch nachst. Ziff. 1.3.2.

schaft, zu Recht: Wieviel hat der Kommanditär noch – durch Einwerfung in die Konkurs- bzw. Liquidationsmasse – zu *leisten*, um seiner Haftung, ausgedrückt durch die Kommanditsumme, zu genügen? Mit anderen Worten, wie gross ist die Differenz zwischen seinem Kapitalanteil⁸⁶ im Zeitpunkt der Auflösung und der Kommanditsumme?⁸⁷ Demgegenüber *bleibt* der Blick im internen Verhältnis *rückwärts* gerichtet. Gefragt wird nur nach dem früheren Stand des Kapitalanteils, vor Beginn der Verluste.⁸⁸

Die Tendenz der herrschenden Lehre ist klar, aber unhaltbar: Die Stellung des Kommanditärs im Innenverhältnis soll seiner Stellung im Aussenverhältnis angepasst werden. Teils wird dies über eine vergewaltigende Auslegung von Art. 601 III OR,⁸⁹ teils über eine zwingend ins Innenverhältnis eingreifende Auslegung von Art. 611 I OR⁹⁰ zu erreichen versucht.

1.3.1 Abstützung auf Art. 601 III OR ?

Absatz 3 von Art. 601 OR ist zwar zugegebenermassen ein krasses Beispiel von Verworrenheit und missverständlichen Begriffen⁹¹ – klar ist er aber m.E. insoweit, als er zweifellos keinerlei «*Auffüllungspflicht*» beinhaltet, sondern sich vielmehr einzig und allein auf die *Berechtigung* des Stehenlassens von Gewinnen (Zinsen und Honoraren) samt deren oberer Begrenzung bezieht. Die Rede ist also hier, anders gewendet, vom maximal *erlaubten* Stehenlassen, anders gewendet: von einer *Bezugspflicht*.⁹²

⁸⁶ Solange dieser keine Verluste erlitten hat – zu den notwendigen Differenzierungen vgl. nachst. § 11, VIII 4.1 und 4.2.2, insbes. die dort angeführten Rechnungsbeispiele.

⁸⁷ Vgl. zum Ganzen ausführlich nachst. § 11, VIII 1–4.

⁸⁸ Vgl. den treffenden Begriff der «*Wiederergänzung*» im aOR und in den Entwürfen, vgl. zum ganzen im Detail die Ausführungen in Ziff. 1.3.1 und 1.3.2 nachst.

⁸⁹ So VON STEIGER, a.a.O., HARTMANN, a.a.O., weniger ausgeprägt SIEGWART, N.8 zu Art. 601 OR, nämlich unter Begrenzung auf Verminderungen durch frühere *Verluste* sowie unter Bezugnahme auf die *Einlage*, d.h. ohne «*Auffüllung*» bis zur «*Kommanditsumme*».

⁹⁰ Vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, MEHR-HAYOZ/FORSTMOSER, je a.a.O., (vgl. Fn.81 vorst.).

⁹¹ Im gleichen Sinne PATRY, Précis, 347. Vgl. auch die Neuformulierung von HIRSCH, 167, dazu noch nachst. Ziff. 1.3.2.

⁹² Dazu nachst. Ziff. 2, s.ä.den Vorschlag de lege ferenda (Art. 601b) nachst. im Schlusswort; wie hier auch GUHL/MERZ/KUMMER, 596, s. jedoch GUHL, Jurist. Karte Nr. 760, S.2, BISCHOFF, 63, BOSSARD, 79, N.250 (vgl. jedoch – allerdings ohne ausdrückliche Erwähnung von Art. 601 III OR – seine Ausführungen auf S.93, N.295). Das aOR enthielt keine bezügliche internrechtliche Bestimmung. Deutlich im Sinne des erlaubten Stehenlassens schon die entsprechenden Artikel in den Entwürfen, nämlich E I Art. 604 II, E II Art. 617 II, E III Art. 601 III, vgl. auch Botsch. 1928/221, StenBullStR 1931/162 f. FICK, Handelsgesellschaften, 27, erkennt den wahren Sinn der Bestimmung (er orientiert

«Dürfen» in Absatz 3 von Art. 601 OR darf demnach m.E. entgegen verbreiteter Meinung⁹³ auf keinen Fall in ein «Müssen» uminterpretiert bzw. vergewaltigt, auch nicht um ein «Sollen»⁹⁴ erweitert werden.⁹⁵ Art. 601 III OR ist vielmehr inhaltlich im wesentlichen⁹⁶ eine Nachbildung von Art. 559 III OR,⁹⁷ welcher im Rahmen der KollG ebenfalls die *Möglichkeit*⁹⁸ des Stehenlassens von Zins, Gewinn und *Honoraren*⁹⁹ behandelt. In beiden Fällen geht es, dies hier vorweg, um ein reines *Internum*, nämlich um die allfällig – soweit der Gewinn vertraglich nach Umfang der Kapitalanteile bemessen ist – im Gegensatz zum ursprünglichen Verhältnis sich verschiebende Gewinnbeteiligung.¹⁰⁰ Darauf weist auch das Marginale «Gewinn- und Verlustbeteiligung» hin.

Unausweichliche Folge der hier abgelehnten Auffassung wäre übrigens, dass der Kommanditär unter Umständen auch seine Honorare, d.h. sein Entgelt für geleistete Arbeit, aufgrund der klaren Aufzählung in Art. 601 III OR stehen lassen müsste. Diese Folge wäre stossend aus zwei Gründen.

Erstens würde sie bedeuten, dass der Kommanditär im Innenverhältnis (zumindest subsidiär, eventualiter) strenger behandelt würde als im (zwingend geregelten) Aussenverhältnis, wo allenfalls in Abweichung von der

sich an Art. 604 II aus dem E I) durchaus noch, wenn er festhält, die neue Bestimmung bringe dadurch eine «wünschenswerte Klarheit für den Konkursfall», d.h. darüber, was der Kommanditär im Konkurs zurückzufordern berechtigt und was er stehenzulassen verpflichtet sei.

⁹³ «Dürfen bzw. müssen» auch bei BOSSARD, 93, N.295, allerdings ohne ausdrücklichen Bezug auf Art. 601 III OR.

⁹⁴ Wie von STEIGER, 621, N.34, es vorschlägt. Dem von von STEIGER, a.a.O., erwähnten Antrag des Vorsitzenden, ProtExpKomm, 124, wurde bezeichnenderweise keine Folge gegeben.

⁹⁵ Gl.A., in dieser Deutlichkeit, einzig HIRSCH, 168: «*Cette disposition limite ainsi non pas les prélèvements du commanditaire, mais au contraire, son droit d'augmenter son apport en renonçant à certains prélèvements,*» s.a. S.167, 173.

⁹⁶ Einzelheiten s. nachst. Ziff. 2.

⁹⁷ So auch von STEIGER, 621, N.34. Vgl. die grundsätzlich entsprechende Bestimmung in § 167 II HGB.

⁹⁸ Entgegen von STEIGER, a.a.O., eben nicht eine «Auffüllungspflicht».

⁹⁹ Die Ausdehnung von Art. 601 III OR auch auf die Honorare wurde erst am Schluss der Revision vorgenommen, und zwar durch die Parlamentarische Redaktionskommission, vgl. die Zusammenstellung der Ergebnisse der Beratungen der Redkomm., I. Lesung vom 2.9. und III. Lesung vom 30.11.1936, sowie die Vorlagen der Parlamentarischen Redkomm. vom 29.8. und vom 7.11.1936 – je Art. 601 III OR. Die genauen Begründungen sind nicht ersichtlich – es wurde über die Verhandlungen kein Protokoll geführt, vgl. StenBullStR 1936/380. Sämtliche redaktionellen Aenderungen wurden anschliessend (im Ständerat einstimmig) gutgeheissen, vgl. StenBullStR 1936/376, StenBullNR 1936/385.

¹⁰⁰ Sowie der Zins- und Liquidationsansprüche, ev. Stimmrechte.

gesetzlichen Beschränkung bezogene Zinsen und Gewinne, keinesfalls aber verdiente und bezogene Honorare die Haftung im entsprechenden Umfange wieder aufleben lassen.¹⁰¹ Diese Konsequenz wird zum Teil übersehen, zum Teil – zu Unrecht – nicht gezogen.¹⁰² Zweitens handelt es sich bei den Honoraransprüchen eines Gesellschafters unbestrittenermassen um eine Gesellschaftsschuld.¹⁰³ Diese Auffassung wird auch von HARTMANN geteilt.¹⁰⁴ Auf die Ausgleichung seiner Honoraransprüche soll jeder Gesellschafter bestimmt rechnen können.¹⁰⁵ Dies gilt ohne weiteres auch für den Kommanditär als allenfalls Honorarberechtigtem. Die an sich folgerichtige – hier bekämpfte – Ausdehnung der Bezugsbegrenzung auf die verdienten Honorare wäre zusammenfassend nicht zu rechtfertigen. Im übrigen wurde der Honoraranspruch erst kurz vor Abschluss der Revision¹⁰⁶ und zwar vermutlich deshalb aufgenommen, um diesbezüglich eine Übereinstimmung mit Art. 559 III OR zu erzielen.¹⁰⁷ Dieser letztere Artikel aber beinhaltet anerkanntermassen keinerlei Bezugsbegrenzung oder gar «Auffüllungspflicht» für den Kollektivgesellschafter und Komplementär,¹⁰⁸ sondern ausschliesslich die Behandlung des *Rechts*, Gewinne, Zinse und eben Honorare stehen zu lassen!

Ein Abstützen der dispositiven Bezugsbegrenzung des Kommanditärs auf Art. 601 III OR hätte nach dem Wortlaut des weiteren zur (inakzeptablen) Folge, dass eine «Auffüllung» solange geschuldet wäre, als die «Kommanditsumme nicht voll einbezahlt» ist («Kapitalaufbringungspflicht»!),¹⁰⁹

¹⁰¹ Vgl. die externrechtliche Bedeutung von Art. 611 I OR, dazu nachst. § 11, VIII 4.2, s.a. § 4, III 1.1.

¹⁰² S.a. nachst. § 4, III 1.1. Wie hier HIRSCH, 167, auch BOSSARD, 93, N.295, will die «Auszahlung des Gehalts» von der Zuschreibungspflicht ausgenommen wissen. – HARTMANN, N.6 zu Art. 611 OR, stellt die Ungleichbehandlung fest, dehnt die Bezugsbegrenzung dennoch auf die Honorare aus, vgl. N.1, N.12 und N.18 zu Art. 601 OR, gl. FUNK, N.3 zu Art. 601, N.2 zu Art. 611 OR, PATRY, Précis, 347, ebenso VON STEIGER, 620/21 inkl. N.34, 623 – vgl. aber N.41! Deutliche Unterscheidung einer allfälligen Bezugsbegrenzung bezüglich Zinsen und Gewinn einerseits, Honorar (und Auslagenersatz) andererseits bei SIEGWART, N.33 zu Art. 558/60 OR; in N.8 zu Art. 601 OR erwähnt er die Bezugsbegrenzung des Kommanditärs nur bezüglich Zinsen und Gewinn, s.a. N.30 zu Art. 610/12 OR.

¹⁰³ Vgl. Art. 558 III, Art. 570 II OR; die Nichterwähnung in Art. 611 I OR ist wohl darauf zurückzuführen.

¹⁰⁴ Vgl. N.2 zu Art. 560 OR.

¹⁰⁵ Vgl. HARTMANN, N.18 zu Art. 558 OR, s.a. nachst. § 4, III 1.1.

¹⁰⁶ Vgl. vorst. Fn.99.

¹⁰⁷ So auch VON STEIGER, 621, N.34.

¹⁰⁸ Die Bezugsbegrenzung betr. Gewinn ist für den Kollektivgesellschafter ausschliesslich in Art. 560 I OR geregelt, vgl. vorst. Ziff. 1.2.

¹⁰⁹ Vgl. hiezu die bezeichnende Überschrift von HARTMANN, vor N.12 zu Art. 601 OR:

sowie wenn sie «nach erfolgter Einzahlung vermindert worden ist» – darunter ist gemäss VON STEIGER und HARTMANN¹¹⁰ ausser einer Verminderung durch Verluste auch eine Verminderung durch Rückbezüge¹¹¹ zu verstehen – («Kapitalerhaltungspflicht»¹¹²). Wie bereits dargelegt,¹¹³ obliegt dem Kommanditär indes während der Dauer der Gesellschaft weder eine Kapitalaufbringungs- noch eine grundsätzliche, umfassende, vor allem gar zwingende Kapitalerhaltungspflicht, weder bezogen auf die Kommanditeinlage noch gar auf die Kommanditsumme,¹¹⁴ auch nicht auf dem Wege eines – passiven – Nichtbezugs.¹¹⁵

Hier vor allem schimmert mit anderen Worten die auf einem falschen Verständnis der Kommanditärstellung beruhende Grundtendenz durch, das Innenverhältnis dem Aussenverhältnis anzugleichen.¹¹⁶ Diese Tendenz muss scheitern. Wohl haftet der Kommanditär im Aussenverhältnis im Umfang¹¹⁷ des nicht geleisteten bzw. zurückerstatteten Haftungsbetrages, wozu unter Umständen auch Bezüge von Zinsen und Gewinn in bzw.

«Ergänzung der Kommanditsumme», s.a. KAUFMANN, 65 (Einlageleistungspflicht sogar im aktiven Sinne). An der Einlage orientiert sich hingegen FUNK, N.3 zu Art. 601, N.1 zu Art. 611 OR; dagegen deutlich LEHMANN/DIETZ, 202: «Die Verpflichtung zur Ausgleichung von Verlusten bedeutet nicht eine solche zur Leistung einer rückständigen Einlage.» Der von SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1173, verwendete Begriff der «Kapitalaufbringungspflicht» beinhaltet nur die Forderung nach einer *objektiven Wertdeckung* (s.a. nachst. § 11, VIII, Fn.42) – vgl. jedoch seinen vorliegend teilweise kritisierten «Kapitalerhaltungsgrundsatz», nachst. Fn.132. – Unhaltbar SIEGWARTS «positiv zu deckender Passivanteil» in N.12 zu Art. 601 OR, in der Differenz zwischen Kommanditeinlage und – grösserer – Kommanditsumme; vgl. dazu auch nachst. § 9, Fn.97, § 10, Fn.44.

¹¹⁰ Je: S.620 (s. aber S.634), bzw. N.12/13 zu Art. 601 OR. Gl.A. offenbar FUNK, N.3 zu Art. 601 OR.

¹¹¹ Zur Unterscheidung der «Rückbezüge» von den «Bezügen» vgl. nachst. Fn.185.

¹¹² Eine eigentliche Kapitalerhaltungspflicht und damit ein allgemeines Verbot der Rückzahlung von Einlagen im Interesse der Gläubiger, wird von KAUFMANN, 65, SPEISER, 333, 334(!), ZELLER, N.1 und N.2 zu Art. 605 aOR, gefordert. S.a. GUHL/MERZ/KUMMER, 595, sowie MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.31 betr. Zinsen, GUHL/MERZ/KUMMER, 596, auch betr. Gewinnanteile – sich allerdings abstützend auf Art. 611 I OR –, ähnlich FICK, N.2 zu Art. 605 aOR.

¹¹³ Vgl. vorst. z.B. § 1, III 1, IV 2.1.

¹¹⁴ Wobei diese, schon rein begrifflich (vgl. vorst. § 1, II) weder «einbezahlt» noch durch Geschäftsverluste oder Rückbezüge «vermindert» werden kann, vgl. dazu auch nachst. § 11, VI 3.2. – Die Kommanditsumme als massgebend betrachtet ausdrücklich PATRY, Précis, 347, GUHL, Jurist. Karte Nr.760, S.2, STIFFLER, 62. Gem. HIRSCH, 167, N.18, wäre ein Verbot der Verminderung der Kommanditeinlage unter den Betrag der Kommanditsumme geradezu absurd.

¹¹⁵ Dazu vorst. Ziff. 1.3.

¹¹⁶ Gl.A. HIRSCH, 167.

¹¹⁷ Maximal – zu den notwendigen Differenzierungen vgl. nachst. § 11, VIII 4.1 sowie 4.2.2.

nach Verlustjahren¹¹⁸ gehören.¹¹⁹ Jedoch wird die Haftung erst im Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft aktuell. Während der Dauer der Gesellschaft hingegen ist jeder Personengesellschafter, auch der Kommanditär, grundsätzlich, im Rahmen der internrechtlichen Vereinbarungen, frei, seine Einlage zu leisten oder nicht, seinen Kapitalanteil durch Bezüge jeglicher Art allenfalls zu vermindern – Kollektivgesellschafter unter Beachtung von Art. 560 I OR, Kommanditäre unter den im folgenden beschriebenen Einschränkungen. Darüber hinaus würde die Ansetzung der Kommanditsumme als interne Bezugsbegrenzung des Bezugsrechts, als «Auffüllungssoll», eine klare Missachtung des Parteiwillens¹²⁰ insbesondere in dem Falle bedeuten, wo die Einlage, wie dies vorkommt, intern kleiner vereinbart wurde als die Kommanditsumme.¹²¹ Umgekehrt wäre nicht einzusehen, warum der Kommanditär bei Vereinbarung einer Einlage, die den Umfang der publizierten Kommanditsumme übersteigt, einen Kapitalanteil, der den Betrag dieser bedungenen Einlage vor Beginn der Verluste erreicht hatte, im internen Verhältnis nicht gleich wie sein Mitgesellschafter, der Komplementär,¹²² durch Stehenlassen von Gewinnanteilen sollte gesunden lassen müssen.¹²³ Dies wäre eine durch nichts gerechtfertigte Bevorzugung gegenüber dem Komplementär.

Zu Unrecht beziehen sich die genannten Autoren zum Teil auf das deutsche Recht, insbesondere auf § 169 HGB.¹²⁴ Vorweg findet sich die fast wörtlich dem Art. 601 III OR entsprechende Bestimmung nicht in § 169 sondern in § 167 II HGB. § 167 II HGB aber regelt ebenfalls die obere

¹¹⁸ Soweit der Kapitalanteil vermindert ist oder dadurch vermindert wird.

¹¹⁹ Vgl. Art. 610/611 OR, letzterer in seiner externrechtlichen Bedeutung, sowie nachst. § 11, VIII.

¹²⁰ Über die nicht-zwingende Wirkung von Vorschriften, die Interna betreffen, herrscht grundsätzlich Übereinstimmung.

¹²¹ Vgl. auch SIEGWART, N. 23 i. V. mit N. 30 und N. 32 zu Art. 610/12 OR, HIRSCH, 167/68, vom «apport», der Einlage als Grenze ausgehend, welcher Begriff m. E. präzisiert werden muss, vgl. nachst. Ziff. 1.3.2. Zutreffend die Unterscheidung zwischen «part de l'actif social» und «apport» bei VON DER WEID, 22 ff., 27 ff.

¹²² Vgl. HIRSCH, 171, N. 23, SIEGWART, a. a. O.

¹²³ Und «dürften», denn das Entnahme- oder Bezugsrecht wird beim Kommanditär u. U. sehr bald, jedenfalls gemäss Gesetz (samt hier gegebener Auslegung) zur Entnahmepflicht, nämlich bei Erreichen der vereinbarten Einlage. Je nach den konkreten Umständen wird darin ein Vor- oder Nachteil liegen, vgl. zum Ganzen nachst. Ziff. 2, sowie U. HUBER, 255, 258.

¹²⁴ So z. B. VON STEIGER, 621, N. 34, HARTMANN, N. 13 zu Art. 601 OR.

Grenze des *Äufnungsrechtes*.¹²⁵ Sodann erlässt zwar § 169 HGB¹²⁶ ausdrücklich eine interne Bezugsbegrenzung des Kommanditisten betreffend Gewinn,¹²⁷ dies mangels einer eigentlichen Bezugsbegrenzung im Rechte der OHG.¹²⁸ Die Bezugsbegrenzung des Kommanditisten ist dispositiv. Sie enthält keinerlei Auszahlungsverbot zum Schutze der Gläubiger.¹²⁹ Die Bezugsbeschränkung des Kommanditisten ist des weiteren bei genauer Betrachtung ebenfalls auf Verminderungen des Kapitalanteils wegen früheren¹³⁰ *Verlusten*, nicht auf sonstige Verminderungen,¹³¹ beschränkt und legt als begrenzende Grösse den «auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag» fest. Die sogenannte «Entnahmebeschränkung» des deutschen Rechts beinhaltet somit weder eine – auch nur passive – Kapitalaufbringungs- noch eine umfassende Kapitalerhaltungspflicht und damit keinerlei «Auffüllungspflicht» für den Kommanditär, schon gar nicht eine solche, welche auf die Haftsumme und damit auf die Gläubiger ausgerichtet ist.¹³²

Zusammenfassend ist eine Abstützung der Bezugsbeschränkung des Kommanditärs auf Art. 601 III OR aus formellen und materiellen Gründen entschieden abzulehnen.

¹²⁵ Überschrift: Gewinn- und Verlustrechnung.

¹²⁶ Überschrift: Kein Entnahmerecht. Gewinnauszahlung.

¹²⁷ Betreffend den vollen Gewinn, d. h. Vorzugsdividende und Gewinnrest, vgl. SCHILLING, Anm. 8 zu § 169 HGB, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 4 und 7 zu § 169 HGB. Ergänzt wird § 169 II HGB durch die klare externrechtliche Regelung in § 172 IV HGB.

¹²⁸ Vgl. § 122 I HGB, s. a. BOHNENBERG, Anm. III zu § 120 HGB. Einzige Begrenzung der Gewinnentnahme: dass sie nicht zum «offenen Schaden der Gesellschaft gereiche». Dass frühere Verluste noch nicht eingebracht sind, genügt gemäss WIELAND, 552, Anm. 13, hiezu nicht. – Zu einem entsprechenden Postulat aufgrund der Treuepflicht der Gesellschafter vgl. GLOOR, 34 f., insbes. auch für den Kommanditär, 36.

¹²⁹ So ausdrücklich BAUMBACH/DUDEN, Anm. 1A zu § 169, s. a. Anm. 2C zu § 172 HGB.

¹³⁰ Dass eine Rückzahlungspflicht von bereits bezogenen Gewinnen wegen späterer Verluste nicht bestehe, wird in § 169 II HGB noch ausdrücklich festgehalten.

¹³¹ So deutlich z. B. SCHILLING, Anm. 8 zu § 169 HGB, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 9 zu § 169 HGB; unzutreffend STAUB, Anm. 4 zu § 169 HGB.

¹³² Vgl. dazu SCHMIDT, 79: «Der Kapitalerhaltungsgrundsatz im Recht der KG sichert das Gesellschaftsvermögen, wie es ist, nicht das Gesellschaftsvermögen, wie es aufgrund der im Gesellschaftsvertrag versprochenen Einlage sein sollte.» Untragbar jedoch m. E. seine Konsequenzen betr. überschüssend geleisteter Einlagen im Aussenverhältnis, dazu nachst. § 11, VIII 4.1 und 4.2.2. Zur Kritik an der von ihm teilweise übernommenen «Verrechnungstheorie» vgl. § 11, VIII 2 und 4.1.

1.3.2 Abstützung auf Art. 611 I OR

Art. 611 OR verdient im vorliegenden Zusammenhang eine einlässliche Betrachtung.

Der Artikel steht zwar unübersehbar unter den Bestimmungen, die das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten, nach revOR insbesondere auch die Haftung des Kommanditärs behandeln. Vom Wortlaut her, inklusive Marginale, scheint er hingegen eher Interna zu betreffen («Auszahlung», «Bezug»). Dass er mit der Haftung – zumindest auch – zu tun hat, ergibt sich indes – dies vorweg – klar aus der Entstehungsgeschichte. Sowohl im aOR als auch in sämtlichen drei Entwürfen für ein revOR¹³³ war regelmässig ein weiterer Absatz bzw. ein weiterer Artikel angefügt, der unmissverständlich auf die Haftung Bezug nahm, indem er die Konsequenz einer Zuwiderhandlung festhielt: nämlich das Aufleben der Haftung bei Bezug von Zinsen und Gewinn in bzw. nach Verlustjahren.¹³⁴ Die Fassung lautete jeweils:

«Er [der Kommanditär] haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn und soweit er diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen von ihr empfangen hat ...».

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde durch Streichung des betreffenden Absatzes (E III Art. 611 III) die Klarheit der vermeintlich sinnvollen Straffung und Konzentration geopfert.¹³⁵

Die an dieser Stelle indes vor allem interessierende Frage ist die, ob Art. 611 I OR auch eine *internrechtliche Geltung* zuzusprechen sei? Ob dieser Artikel, anders gewendet, allenfalls eine (maximal natürlich dispositive, subsidiäre)¹³⁶ Bezugsrechtsbeschränkung, d.h. eine Pflicht zur Wiederer-gänzung der durch Verluste verminderten «Kommanditsumme»¹³⁷ durch

¹³³ Vgl. aOR Art. 605 III, E I Art. 616, E II Art. 628 III, E III Art. 611 III.

¹³⁴ Immer im Sinne von Jahren, in denen der Kapitalanteil des Kommanditärs durch Verluste vermindert worden war. Treffend BGE 45 II 537.

¹³⁵ Vgl. StenBullStR 1931/165, StenBullNR 1934/235; s.a. SIEGWART, N.22, N.28, N.30 zu Art. 610/12 OR, s. nachst. im Text sowie § 11, VIII 4.2.1.

¹³⁶ Eine zwingende Regelung der Begrenzung des internen Bezugsrechtes ist a priori auszuschliessen – undeutlich HOFFMANN, Ber. II, 24; klar SIEGWART, N.28a und N.29 zu Art. 610/12 bezügl. der insofern analog behandelten Zinsen, s.a. N.8 zu Art. 601 OR, HIRSCH, 167, VON STEIGER, 623 f.; der von ihm in N.34 auf S.621 angeführte Gläubigerschutz, vgl. auch Fn.110 vorst., wäre demnach nur sehr unvollständig gewährleistet; zwingende Bedeutung von Art. 611 I OR auch punkto Bezug offenbar GUHL/MERZ/KUMMER, 596 i.V. mit 595, s.a. Fn.112 vorst.

¹³⁷ Zur Frage der Bezugsgrösse nachst. im Text.

Stehenlassen der dem Kommanditär an sich zukommenden Gewinnanteile insbesondere, beinhalte?

Die Frage ist heikel. Sie wird von den Autoren fast übereinstimmend¹³⁸ verneint, und zwar, soweit überhaupt darauf eingegangen wird, aus systematisch/dogmatischen Gründen (Stellung im Gesetzeszusammenhang, Vermischung von Interna und Externa). Dies mutet zum Teil unehrlich, zum Teil inkonsequent an, wird doch auf der anderen Seite eine viel weitergehende «Auffüllungspflicht» aufgrund von Art. 601 III OR bedingungslos bejaht – eine Auffüllungspflicht, die nicht nur eine Wiedergergänzung von Kapitalanteilen, die durch Verluste vermindert worden waren, sondern eine grundsätzliche Ergänzung nach jeglicher Verminderung, und zwar auf den Betrag der Kommanditsumme «im Interesse der Gesellschaftsgläubiger!»¹³⁹ – und nicht nur eine Wiedergergänzung durch Zinsen und Gewinn, sondern auch durch Honorare umfasst.¹⁴⁰ Bei SIEWART fällt dies besonders auf, weil er genau betrachtet immer nur vom gesetzlich geförderten *Stehenlassen* von Gewinnen (und Zinsen) bei ungünstigem Ergebnis der Geschäftstätigkeit, also nach *Verlustjahren*, spricht,¹⁴¹ die interne Begrenzung bei Verminderung der *Einlage*, nicht der Kommanditsumme ansetzt¹⁴² (unter Wahrnehmung der internen Bedeutung von Art. 611 II aus Entwurf III, dem Vorläufer von Art. 611 I OR),¹⁴³ des weiteren die Honorare von der Beschränkung des Bezugsrechtes wie bereits erwähnt¹⁴⁴ stillschweigend ausnimmt, sowie die Verwandtschaft von Art. 605 aOR (dem Vorläufer von Art. 611 revOR) zum heutigen Art. 560 I OR spürt.¹⁴⁵ VON STEIGER lässt ausnahmsweise eine vertiefte Betrachtung des Problems vermissen. Sein Verweis¹⁴⁶ auf S.124 des Proto-

¹³⁸ Für eine rein externe Bedeutung offenbar auch HIRSCH, 168, BISCHOFF, 105, FUNK, N.3 zu Art. 611 OR.

¹³⁹ So ausdrücklich VON STEIGER, 621, N.34.

¹⁴⁰ Vgl. dazu vorst. Ziff. 1.3.1.

¹⁴¹ Z.B. N.31, N.22 i.V. mit N.30 zu Art. 610/12 OR.

¹⁴² Also keinerlei «Auffüllungspflicht» bis zur Kommanditsumme annimmt. vgl. N.30 (i.V. mit N.22 und N.23 betr. Zins), N.31/33 zu Art. 610/12, s.a. N.8 zu Art. 601 OR, gl. FUNK, N.3 zu Art. 601, N.1 zu Art. 611 OR.

¹⁴³ N.31 zu Art. 610/12 OR.

¹⁴⁴ Vgl. vorst. Fn.102.

¹⁴⁵ Vgl. N.28 zu Art. 610/12 OR; diese Parallele fällt auch SPEISER, 332, auf. Sie führt ihn aber lediglich zur Frage, ob etwa Art. 557 aOR (entsprechend dem heutigen Art. 560 OR) etwa auch *zwingend* sei (wie die – seiner Ansicht nach zwingend geregelte Bezugsbeschränkung – in Art. 605 aOR, welcher dem heutigen Art. 611 OR entspricht). Im hier vertretenen Sinn weist hingegen BGE 45 II 537 auf die Entsprechung der Grundsätze in Art. 556 f. und Art. 605 aOR hin.

¹⁴⁶ Vgl. S.621, N.34, übernommen vermutlich von HARTMANN, N.13 zu Art. 601 OR.

kolls der Expertenkommission überzeugt nicht. Wie ebenfalls bereits erwähnt, wurde der Vorschlag des Vorsitzenden, «müssen» in den heutigen Art. 601 III OR hineinzunehmen, keineswegs angenommen und auch überhaupt nicht diskutiert;¹⁴⁷ er beruhte übrigens auf einer starken Vermischung von Interna und Externa. Bei HARTMANN erstaunt das leichtfertige Übergehen der ihm genau bekannten Entstehungsgeschichte.¹⁴⁸

Gerade aufgrund der Entstehungsgeschichte, die auch im geltenden Wortlaut ihren – leider degenerierten und dezimierten – Niederschlag gefunden hat, ist jedoch die Frage der *internrechtlichen* Geltung von Art. 611 I OR m.E. überzeugt zu *bejahen*.¹⁴⁹

Sowohl Art. 605 II aOR als auch Art. 615 II aus Entwurf I – beides im Aussenverhältnis der KG untergebrachte Vorschriften – enthielten betreffend die Bezugsbeschränkung für Gewinn wörtlich den gleichen Text, nämlich:

«Bis zur Wiederergänzung der durch Verluste verminderten Einlage darf der Kommanditär weder Zinse noch Gewinn beziehen.»

Die Analogie zur geltenden Bezugsbeschränkung von Art. 560 I revOR betreffend Gewinnanteile des Kollektivgesellschafters ist auffallend. Sie wird verstärkt durch den Einbezug des dem heutigen Art. 560 I revOR entsprechenden Wortlautes von Art. 557 II aOR sowie Art. 562 (E I) und Art. 574 I (E II), welche alle drei einen Anspruch des Kollektivgesellschafters auf «Auszahlung»¹⁵⁰ seines Gewinnanteils verneinen

«bis zur Wiederergänzung¹⁵¹ seiner¹⁵² Einlage».

¹⁴⁷ Vgl. vorst. Fn.94.

¹⁴⁸ Vgl. N.1 und N.3 zu Art. 611 OR.

¹⁴⁹ Wie hier offenbar FOLLIER, 81 f., 90, PATRY, Précis, 346, sowie auch GUHL/MERZ/KUMMER, 7. A., 596, so schon 6. A., 556, jedoch ohne nähere Begründung. GUHL/MERZ/KUMMER zusätzlich ohne klare Unterscheidung von Innen- und Aussenverhältnis und entsprechender Annahme einer zwingenden Bedeutung von Art. 611 I OR auch betr. Bezug, vgl. vorst. Fn.81, 136.

¹⁵⁰ Dieser Ausdruck – verwendet auch von § 169 HGB – gibt allerdings nur einen Teil der angestrebten Bezugsbeschränkung wieder, vgl. z.B. Marginale beim Art. 611 revOR und sämtlichen entsprechenden Artikeln in den Entwürfen (dazu nachst. im Text), sowie die Verwendung des Verbs «beziehen» in aOR Art. 605 II sowie in E I Art. 615 II. Vgl. allerdings auch den unvollständigen Ausdruck «auszahlen» bereits im Zusammenhang mit der spezifischen Intakthaltungspflicht beim Zinsbezug (dazu nachst. § 3, IV 1.3) in aOR Art. 605 I, E I Art. 615 I, E II Art. 628 I, E III Art. 611 I). Ein Bezug ist jedoch auch durch Verbuchung auf Separatkonto möglich, vgl. vorst. Ziff. 1.1.

¹⁵¹ Auch hier die Meinung «bis sie wiederergänzt ist» – also klar passiv, vgl. dazu vorst. Ziff. 1.3.

¹⁵² vertraglichen – E I und II.

Dass diese Analogie nicht nur zufällig, sondern gewollt und beabsichtigt war, geht aus dem Bericht von Eugen HUBER¹⁵³ hervor, der offensichtlich erwogen hatte, den die Bezugsmöglichkeiten von Zinsen und Gewinn regelnden Artikel der KG – eben gleich wie bei der KollG¹⁵⁴ – direkt im Anschluss an die grundsätzliche «Gewinn- und Verlustbeteiligung»¹⁵⁵ zu stellen, dann aber wegen der damit auch zusammenhängenden, spezifischen Haftungsfolgen für den Kommanditär die Plazierung im Aussenverhältnis beschloss.¹⁵⁶

In E II Art. 628 II, sowie E III Art. 611 II schliesslich lautete die Bestimmung des heutigen Art. 611 OR wie folgt:

«Bis zur Wiederergänzung der durch Verluste verminderten Einlage¹⁵⁷ hat der Kommanditär keinen Anspruch¹⁵⁸ auf Zinse oder Gewinn.»

Durch diese leicht abgeänderte Fassung sollte gemäss HOFFMANN¹⁵⁹ die Streitfrage (!), ob die Bestimmung auch auf das Verhältnis unter den Gesellschaftern wirke,¹⁶⁰ im bejahenden Sinn entschieden werden! Diese Stellungnahme lässt an Deutlichkeit wohl nichts mehr zu wünschen übrig.

Interessant ist ergänzend dennoch ein Vergleich der *Systematik* bzw. der *Marginalien* im Verlaufe der Revision.

Die Behandlung unter dem *Abschnitt* «Verhältnis der KG zu Dritten»¹⁶¹ ist konstant. Hingegen wurde das Bezugsrecht mit seinen Grenzen ursprünglich bezeichnenderweise nicht im Rahmen der Haftung abgehandelt.

¹⁵³ Vgl. Ber.I, 25 f., s.a. 28; zur Parallelität der Grundsätze von Art. 556 f. und Art. 605 in aOR vgl. erneut BGE 45 II 537.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 556/57 aOR, Art. 561/62 E I, Art. 573/74 E II, Art. 559/60 E III, dito revOR.

¹⁵⁵ D.h. anschliessend an Art. 604 E I, Art. 617 E II, entsprechend Art. 601 revOR.

¹⁵⁶ Vgl. die Haftungsfolgen im Wortlaut vorst. im Text; Hinweis auf Analogon zu geltendem Art. 559 OR auch bei StenBullStR 1935/82.

¹⁵⁷ E III: Kommanditsumme, vgl. zum folgenschweren Grundsatzentscheid der Exp-Komm. vorst. § 1, II.

¹⁵⁸ Nach wie vor war klar ein Anspruch auf Bezug gemeint, vgl. Ber.II, 24, ProtExp-Komm, 137, vgl. auch das jeweilige Marginale «Erhebung» bzw. «Bezug» von Zinsen und Gewinn.

¹⁵⁹ Vgl. Ber.II, 24; diese Stelle wird auch von HARTMANN, N.1 zu Art. 611 OR, ausdrücklich zitiert; zur Streitfrage s.a. FICK, N.2 zu Art. 605 aOR (entsprechend Art. 611 revOR), der sich indes offenbar für eine intern zwingende Geltung der Bestimmung einsetzt, was vermutlich auf seine mangelnde Unterscheidung zwischen Kommanditsumme und Kommanditeinlage zurückzuführen ist, ähnlich ZELLER, N.2 zu Art. 605 aOR.

¹⁶⁰ Dass dies im Innenverhältnis nur im dispositiven Sinne möglich ist, bedarf m.E. keiner weiteren Ausführungen, vgl. jedoch die vorst. Fn.

¹⁶¹ Vgl. III. in aOR, lit.C in E I, E II und E III, dritter Abschnitt im geltenden OR.

Im dogmatisch saubersten *Entwurf I* von Eugen HUBER finden sich nämlich die Haftungsverhältnisse inklusive Klagerecht der Gläubiger unter Ziff. III, das Bezugsrecht hingegen anschliessend in einer separaten Ziff. IV. Diese Ziff. IV enthielt das Marginale: «Erhebung von Zinsen und Gewinn». Zudem war sie unterteilt in Ziff. 1¹⁶² mit dem Marginale: «Berechtigung zur Erhebung», und Ziff. 2¹⁶³ mit dem Marginale: «Haftung nach der Erhebung».¹⁶⁴

Im *Entwurf II* blieb sich alles gleich, ausser dass in Ziff. IV auf die letzt-erwähnte Unterscheidung in Form der arabischen Ziffern verzichtet und die Haftung (bei in Abweichung von Absatz 1 und 2 getätigten Bezügen) als Absatz 3 direkt anschliessend, d.h. im Rahmen des Bezugsrechtes, geregelt wurde. Es entstand so ein einziger Artikel unter dem einheitlichen Marginale: «Erhebung von Zinsen und Gewinn».¹⁶⁵

Im *Entwurf III* wurde die wiederum einzige Bestimmung, immer aber noch versehen mit dem Haftungsabsatz (Abs. 3) als Ziff. 5 unter die Ziff. IV «Haftung des Kommanditärs» eingereiht. Dies wiederum unter dem einzigen, ausschliesslich internrechtlichen Marginale «Bezug von Zinsen und Gewinn».¹⁶⁶

Im *heutigen OR* schliesslich ist das Marginale «Bezug von Zinsen und Gewinn» geblieben, die Bestimmung (Art. 611 OR) als Ziff. VII unter lit.D (Haftung) aufgeführt.

Inhaltlich überlebte ein verstümmeltes und verfälschtes Rumpfbild. Offenbar auf Antrag der Ständeratskommission¹⁶⁷ wurde sowohl

¹⁶² Entsprechend dem erwähnten Art. 615 E I.

¹⁶³ Entsprechend dem erwähnten Art. 616 E I.

¹⁶⁴ D.h. Konsequenzen des Bezuges trotz den Bestimmungen von Art. 615 E I. Deutlich Art. 616 E I: «Der Kommanditär haftet ...wenn und soweit er diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen von ihr [der Gesellschaft] empfangen hat,...»

¹⁶⁵ Art. 628 E II.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 611 E III. Im StenBullStR 1931/164 ist die Rede von den drei Artikeln über die Haftung, nämlich bis und mit Klagerecht der Gläubiger (exkl. Bezugsrecht), d.h. der Haftungsabsatz wurde entsprechend dem Marginale offenbar nicht beachtet.

¹⁶⁷ Vgl. StenBullStR 1931/163, 164, vgl. insbes. I. Beratungen der Kommission des Ständerats, Anträge der Kommission, vom 20.2.1929 zur KollG und KG, dito die definitiven Anträge der Kommission des Ständerats vom 23.10.1930. Die Anregung scheint allerdings vom Departement gekommen zu sein, vgl. Anträge des Departements an die Redaktionskommission vom 29.9.1928. Die Fassung von Art. 611 I lautete gem. Ständeratskommission noch: «Auf Auszahlung von Zinsen und Gewinn hat der Kommanditär nur Anspruch, wenn und soweit sie seinem Kapitalanteil zugeschrieben, die Kommanditsumme übersteigen.» Die heutige Fassung stammt vom Nationalrat, vgl. erstmals in Verhandlungen der Kommission des Nationalrats, III. Session vom 29.8. – 1.9.1932, gestützt auf einen entsprechenden Antrag von STRAULI.

- der dritte Absatz von Art. 611 des Entwurfes III betreffend Haftung bei ungerechtfertigtem Bezug gerade um das Wesentliche, nämlich die Haftung, reduziert und in den heutigen Absatz 2 von Art. 611 OR verwandelt,
- der Absatz 2 von Art. 611 des Entwurfes III betreffend *grundsätzliche* (immer volle) Bezugsbeschränkung von Zinsen und Gewinnanteilen bei (auch Ende des laufenden Jahres) vermindertem Kapitalanteil völlig fallengelassen,¹⁶⁸
- und dafür nur noch die Beschränkung bei (auch am Ende des laufenden Jahres) unvermindertem Kapitalanteile (vorliegend *Intakthaltungspflicht* genannt¹⁶⁹) hervorgehoben in Absatz 1 von Art. 611 revOR, bezogen allerdings – zu Recht – auf Zinsen und Gewinn,¹⁷⁰
- ohne schliesslich die *spezifische* (meist teilweise) Bezugsbeschränkung¹⁷¹ (Intakthaltungspflicht) bei unvermindertem Kapitalanteile anfangs des laufenden Jahres, welcher nur bei Zinsen vorstellbar ist, speziell hervorzuheben (vgl. Absatz 1 von Art. 611 E III).¹⁷²

In Zusammenfassung der naturgemäss etwas mühsamen Ausführungen zeigt es sich, dass die ursprünglich klar gewollte, klar formulierte und auch systematisch relativ klar zum Ausdruck gekommene¹⁷³ doppelte Bedeutung der Vorschrift(en) im intern- und externrechtlichen Sinne im Verlaufe der Revision verstümmelt worden ist, indem im Wortlaut samt Marginale die haftungsrechtliche, im Rahmen der Systematik die teilweise vorhandene internrechtliche Seite vollständig verloren gegangen ist. Dass aber im Verlaufe der Beratungen je materiell eine andere Regelung angestrebt worden wäre, ist nicht ersichtlich.¹⁷⁴ Vielmehr war zumindest dem

¹⁶⁸ Vgl. dazu noch nachst. § 3, IV 1.3.

¹⁶⁹ Dazu noch nachst. bei Fn.208.

¹⁷⁰ Vgl. wiederum nachst. § 3, IV 1.3.

¹⁷¹ Die grundsätzliche Bezugsbeschränkung kann nur eine volle, die spezielle Bezugsbeschränkung aufgrund der Intakthaltungspflicht kann sowohl eine vollständige als auch eine teilweise sein. Letzteres wird in concreto wohl überwiegen. Vgl. dazu noch die nachstehenden Rechnungsbeispiele, sowie v.a. auch diejenigen im Zusammenhang mit dem Zinsbezug, vgl. nachst. § 3, IV 1.3.

¹⁷² Dazu noch nachst. § 3, IV 1.3.

¹⁷³ Die unpassende Stellung im Aussenverhältnis war von Anfang an problematisch. Vgl. demgegenüber den Vorschlag de lege ferenda (Art. 601c), nachst. im Schlusswort.

¹⁷⁴ Vgl. ProtExpKomm 137, StenBullStR 1931/165, StenBullNR 1934/235, StenBullStR 1935/82, SIEGWART, N.22 zu Art. 610/12 OR.

Ständerat die klare Doppelbedeutung von Art. 611 OR noch durchaus bewusst.¹⁷⁵ Eine wahrhaft unheilvolle Konzentration!¹⁷⁶

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen¹⁷⁷ steht der hier postulierten Abstützung der Bezugsrechtsbeschränkung des Kommanditärs betreffend Gewinn auf den Art. 611 I OR des heutigen Rechts – im Wissen und unter Einbezug seiner vollständigen Bedeutung allerdings – nichts mehr im Wege. Damit wird auch eine kommanditärspezifische Regelung des Gewinn- (und Zins-)bezugsrechts im Rechte der KG festgestellt und entfällt die Notwendigkeit eines Bezugs des Art. 560 I OR aus dem Rechte der KollG,¹⁷⁸ wie dies von HIRSCH¹⁷⁹ vertreten wird.

Welche sind die *Konsequenzen* für den Kommanditär auf internrechtlicher Ebene? Sie liegen darin, dass nun Voraussetzungen und Umfang der kommanditärspezifischen Bezugsbeschränkung geklärt werden können.

Die einzige und ausschliessliche *Voraussetzung* ergibt sich aus den Texten des aOR, der Entwürfe und aus § 169 I HGB: nämlich ein *Verlust*¹⁸⁰ im Sinne eines auf den Kommanditär fallenden Verlustanteils¹⁸¹ des Vorjahres bzw. der Vorjahre¹⁸² und damit indirekt eine ordnungsmässige Bilanz.¹⁸³ Das heisst, es entfällt eine Bezugsbeschränkung bzw. «Auffüllung» wegen

¹⁷⁵ Vgl. erneut StenBullStR 1931/165.

¹⁷⁶ Welche allerdings vom Ständerat mit Befriedigung vermerkt wurde, vgl. StenBullStR, a.a.O.

¹⁷⁷ Sowie der m.E. in casu bedenkenlos anzuwendenden historischen, aber auch systematischen Auslegungsmethode; vgl. dazu BGE 95 II 267, 96 I 605, ZR 72/31; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zu den Einleitungsartikeln, N.179 ff., 214 ff. zu Art. 1 ZGB.

¹⁷⁸ So auch FOLLIET, 90: «L'article 611 n'est donc en fait qu'une application plus étroite de l'article 560 au cas spécial du commanditaire.»

¹⁷⁹ S.171, N.23, i.V. auch mit S.166, vgl. auch vorst. bei Fn.78.

¹⁸⁰ So zutreffend STIFFLER, 45, 62. Zu Recht prüfte daher das BGer. in BGE 27 II 38 das Vorliegen von Verlusten, vergass aber nachzuprüfen, ob dadurch der Kapitalanteil des Kommanditärs vermindert worden sei; s. allerdings die, terminologisch teilweise undeutlichen, im Ansatz aber zutreffenden grundsätzlichen Ausführungen auf S.38 oben. Die entsprechende Unterlassung hätte sich in BGE 27 II 576 noch gravierender auswirken können, war doch der Kommanditär gem. eigener Feststellung des BGERichts am Verlust der Gesellschaft überhaupt nicht beteiligt (dazu noch Fn.182 nachst.) – Das BGer. wies allerdings die Klage gegen ihn aus anderen Gründen ab. Ev. ist die Haltung des BGERichts in diesen Entscheiden Ausdruck dafür, dass es den *Zinsanspruch*, wie SIEGWART, nur aus erwirtschaftetem Gewinn für berechtigt hält. Diese Ansicht wird nachst. in § 3, III, zu widerlegen versucht.

¹⁸¹ Diese notwendige Präzisierung wurde in BGE 27 II 38 übersehen, ebenso in BGE 27 II 576; ausgezeichnet diesbezüglich hingegen BGE 45 II 537 – in der konkreten Prüfung allerdings etwas zu global (a.a.O., S.539).

¹⁸² Die Bezugsbeschränkung entfällt also a priori bei vollständiger Befreiung des Kommanditärs von der Verlusttragungspflicht (anerkannt als Möglichkeit, vgl. nachst. § 9, IV 1).

¹⁸³ Dazu noch nachst. § 11, VIII 4.2.3.1. – Selbstverständlich genügt demzufolge nicht, dass die «Bruttoaktiven» den Betrag der «Kommandisumme» (auch wenn für diesen Begriff

sonstiger Verminderungen, namentlich Rückerstattungen¹⁸⁴ bzw. Rückbezügen.¹⁸⁵ Zu Recht – denn dies käme einer verkappten – zumindest internen – Kapitalaufbringungspflicht gleich, wie sie eben zum Teil aus Art. 601 III OR abzuleiten versucht wird,¹⁸⁶ bzw. die logische Folge der Abstützung auf diesen Artikel wäre.¹⁸⁷ Wenn aber die Gesellschafter schon frei sind, nur einen Teil der Leistung der Kommanditeinlage zu verlangen, frei sind, Rückerstattungen zu bewilligen,¹⁸⁸ so ist nicht einzusehen, weshalb derartige bewilligte Rückerstattungen eine entsprechende «Auffüllungspflicht» des Kommanditärs im Innenverhältnis zeitigen sollten.¹⁸⁹ Einzige Folge ist vielmehr das Aufleben der Haftung im Aussenverhältnis.¹⁹⁰

Betreffend *Umfang* muss noch das Problem der Grenze, von wo an der Bezug erlaubt sein soll, geklärt werden. Ausser Betracht fällt vorweg einmal mehr der angeblich allumfassende Begriff und damit auch der Betrag der Kommanditsumme. – Dass die herrschende Meinung auf die Kommanditsumme abstellen will,¹⁹¹ ist zufolge ihrer Abstützung auf Art. 601 III OR sowie des dort verwendeten Begriffes der Kommanditsumme naheliegend, aber nicht destoweniger auch *innerhalb* von Art. 601 III OR unzutreffend.¹⁹² Art. 601 OR behandelt eben, wie das auch im Marginale zum Ausdruck kommt, Gewinn und Verlust, also Interna, nicht aber Haftungsfragen. Das Abstellen auf die Kommanditsumme ergibt im übrigen weder gestützt auf Art. 601 III noch gestützt auf Art. 611 I OR

die Kommanditeinlage eingesetzt wird) übersteigen. So ausführlich BGE 45 II 537 f., SIEGWART, N.23 zu Art. 610/12 OR.

¹⁸⁴ Unabhängig davon, ob sie erlaubt oder unerlaubt waren, dazu noch nachst. im Text.

¹⁸⁵ Unter «Rückbezügen» werden allgemein und auch vorliegend Rückerstattungen in bar verstanden, welche an sich mit der Geschäftstätigkeit nicht unbedingt im Zusammenhang stehen. Ein solcher Zusammenhang ist hingegen bei «Bezügen» (von Gewinn, Zinsen, Honoraren) gegeben. Nur im Aussenverhältnis werden letztere den ersteren grundsätzlich gleichgestellt.

¹⁸⁶ Vgl. z.B. HARTMANN, N.13 zu Art. 601 OR, vgl. vorst. Ziff. 1.3.1.

¹⁸⁷ Welche insbes. SIEGWART, vgl. z.B. N.8 zu Art. 601 OR, nicht zieht, s.a. Fn.142 vorst.

¹⁸⁸ Insofern derartige Rückbezüge bewilligt werden müssen, kann allenfalls vermehrt, mit SCHILLING, Anm. 3 zu § 169 HGB, von einem (internen!) Grundsatz der Kapitalerhaltung gesprochen werden. – Zu den unerlaubten Rückbezügen vgl. noch nachst. im Text.

¹⁸⁹ Widersprüchlich daher VON STEIGER, 620, im Verhältnis zu seinen Ausführungen auf S.634.

¹⁹⁰ Art. 611 OR in seiner externrechtlichen Bedeutung, vgl. dazu ausführlich nachst. § 11, VIII 4.

¹⁹¹ Vgl. HARTMANN, N.12/13 zu Art. 601, indirekt auch N.14 a.E., N.4 zu Art. 611 OR, VON STEIGER, 621, PATRY, Précis, 353; ev. SIEGWART, N.12 zu Art. 601, vgl. aber dens. in N.32 zu Art. 610/12 OR; BGE 42 III 145.

¹⁹² Ausführliche Begründung vgl. unter Ziff. 1.3.1 vorst.

einen Sinn, denn die Kommanditsumme als Haftsumme kann weder «einbezahlt» noch «vermindert» werden.¹⁹³

Die beiden Ausdrücke können, begrifflich betrachtet, nur auf Interna, d.h. auf die Kommanditeinlage¹⁹⁴ zutreffen. Diese Feststellung bedarf jedoch noch der Präzisierung, denn unter der Kommanditeinlage kann sowohl die vereinbarte (bedungene) als auch die (ursprünglich oder jeweils) geleistete Einlage verstanden werden.¹⁹⁵ Die bedungene Einlage¹⁹⁶ entfällt als Bezugsgrösse, da eine solche Lösung wiederum eine im Recht der KG unbekannte Einlageleistungspflicht, eine interne Kapitalaufbringungspflicht¹⁹⁷ nach sich ziehen würde. In Frage kommt somit nur die geleistete Einlage.¹⁹⁸ Der Begriff der Leistung muss vom Gesichtswinkel der Gesellschaft her beurteilt werden. Für die Gesellschaft ist nicht nur geleistet, was der Gesellschafter aus seiner eigenen Tasche¹⁹⁹ in das Gesellschaftsvermögen einwirft (ursprüngliche Einlage), sondern genauso, was er im Verlaufe der Geschäftstätigkeit als Anspruch aus dem Gesellschaftsvermögen erwirbt, diesem aber weiterhin im Sinne einer gesellschaftlichen Verpflichtung, als «haftendes Kapital»,²⁰⁰ zur Verfügung belässt. Genau dies geschieht mit den auf Kapitalkonto des Kommanditärs – im erlaubten Rahmen (Art. 601 III OR)²⁰¹ – verbuchten, und in der Folge stehengelassenen Gewinnanteilen, sowie Zinsbeträffen und Honoraren. Unter der geleisteten Einlage ist somit im vorliegenden Zusammenhang die ursprünglich geleistete Einlage samt Zuwachs,²⁰² abzüglich Verminderungen durch auf Kapitalkonto verbuchte Rückbe-

¹⁹³ Vgl. vorst. Terminologisches in § 1, II; unzutreffend, d.h. sich an der unpräzisen Terminologie des Gesetzes und des Bundesgerichts orientierend, neuerdings auch GAUCH, Rechtsprechung, 597 (zu Art. 596 II OR), 399 (zu Art. 610 II OR), 400 (zu Art. 611 I OR), unzutreffend auch STIEHLER, 62. Zur eigentlichen Herabsetzung der Kommanditsumme als Haftsumme vgl. nachst. § 11, VI 3.2.

¹⁹⁴ Bzw. den Kapitalanteil, vgl. vorst. § 1, III 3. Für ein Abstellen auf die (Kapital-) Einlage als Bezugsgrenze erstaunlicherweise auch SIEGWART, N.8 zu Art. 601, N.32 zu Art. 610/12 OR, vgl. auch HIRSCH, 173, s.a. 171, N.23, beide jedoch ohne die im folgenden dargelegte, notwendige Differenzierung: soweit geleistet. – Auf die Einlage, ohne weitere Präzisierung, stellten noch ab aOR Art. 605 II, E I Art. 615 II, E II Art. 628 II.

¹⁹⁵ Vgl. dazu vorst. § 1, III 3.

¹⁹⁶ So FUNK, N.3 zu Art. 601 OR.

¹⁹⁷ Im gleichen Sinne SCHILLING, anm.8 zu § 169 HGB, SCHIFFGEIBERGER/GESSLER, Anm. 4 und 8 zu § 169 HGB.

¹⁹⁸ So übrigens auch GUHL/MERZ/KUMMER, 596.

¹⁹⁹ U.HUBER, 277, verwendet den Ausdruck «Vermögensopfer».

²⁰⁰ Dazu noch nachst. § 11, VIII 1 und 2.

²⁰¹ Dazu nachst. Ziff. 2.

²⁰² So WIELAND, 749, vgl. auch nachst. § 10 bei Fn.31.

züge,²⁰³ d.h. die *jeweils geleistete* Einlage bzw. die Einlage im weiten Sinne,²⁰⁴ vor Beginn der Verluste zu verstehen. Dieser Betrag entspricht dem jeweiligen Kapitalanteil²⁰⁵ vor Eintritt von Verminderungen durch Geschäftsverluste. Zu berücksichtigen, d.h. abzuziehen sind allfällige Rückbezüge im Verlaufe der Verlustphase.²⁰⁶

Die dargelegte Lösung deckt sich übrigens in allen Teilen mit der wie üblich gründlichen Regelung des deutschen Rechts, wo in § 169 I HGB festgehalten wird:

«Er [der Kommanditist] kann auch die Auszahlung des Gewinns nicht fordern, solange sein Kapitalanteil durch Verluste unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag²⁰⁷ herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde.»

Die Worte «durch die Auszahlung.... herabgemindert werden würde» beinhalten den speziellen Fall einer – meist nur teilweisen – Bezugsbegrenzung. Sie berücksichtigen die Tatsache, dass der Kapitalanteil am Ende des laufenden Jahres zwar unter Umständen zufolge der gutgeschriebenen Gewinnanteile wieder unvermindert, «intakt» ist,²⁰⁸ der volle Gewinnbezug aber nicht getätigt werden kann, weil *durch* diesen vollen Bezug wiederum eine Verminderung des Kapitalanteils – immer gegen-

²⁰³ Erlaubte (u.U.) sowie unerlaubte Rückbezüge ergeben für die Gesellschaft allenfalls einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, unerlaubte u.U. einen Anspruch wegen unerlaubter Handlung, s.a. nachst. Ziff. 1.3.3.

²⁰⁴ Vgl. vorst. § 1, III 3.

²⁰⁵ Zum Begriff vorst. § 1, III 3.

²⁰⁶ Vgl. nachst., Rechnungsbeispiele.

²⁰⁷ Nicht also die gesamte bedungene Einlage, insofern unzutreffend BOHNENBERG, Anm. I zu § 169 HGB, KORMANN, 894, 1.Sp., GANSSMÜLLER, 2104, 1.Sp., s. jedoch a.a.O., 2.Sp. (die komplizierte Ableitung wäre angesichts des klaren Gesetzestextes nicht nötig), unpräzis HUECK, 143: bedungene Einlage, soweit zahlbar, unzutreffend in diesem Zusammenhang SUDHOFF, 22, der unter der bedungenen Einlage nicht die «Pflichteinlage», sondern die «Haftseinlage» verstehen will. – Nicht einleuchtend ausnahmsweise U.HUBER, 258, im Zusammenhang mit der vertraglichen Einführung eines unbeschränkt variablen Kapitalanteils des Kommanditärs. Auch hier muss als Grenze bei der Rest-Anwendung von § 169 II HGB m.E. die «*jeweils geleistete Einlage*», also nicht die «Pflichteinlage» gelten, dito m.E. im Zusammenhang mit der Einführung des Systems der festen Kapitalanteile und geteilten Kapitalkonten; hier bildet der jeweilige Gesamtsaldo beider Konten (vgl. U.HUBER, 261) die jeweilige Einlage und eben nicht die ursprüngliche, auf dem ersten «festen» Kapitalkonto eingebuchte – entgegen U.HUBER, 260. Zutreffend BAUMBACH/DUDEN, Anm. 1B zu § 169 (insbes. S.598), ganz deutlich SCHILLING, Anm. 8 zu § 169 HGB, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 7 zu § 167, Anm. 8 zu § 169 HGB, LEHMANN/DIETZ, 202.

²⁰⁸ D.h. gleich gross oder grösser als vor Beginn der Verluste.

über seinem Stand vor Beginn der Verluste – *bewirkt würde*. Diese – je nach dem konkreten Verhältnis volle, meist aber nur teilweise – Bezugsbeschränkung wird hier entsprechend «*Intakthaltungspflicht*» genannt, um die Verschiedenheit gegenüber der (Kapital-)Erhaltungspflicht aus dem Rechte der AG hervorzuheben. Denn diese letztere dient – eben im Gegensatz zu derjenigen des Kommanditärs – dem Interesse und Schutz der Gläubiger und geht im übrigen gleichermassen zu Lasten sämtlicher Gesellschafter der AG, d.h. sämtlicher Aktionäre und hat damit Geltung in Bezug auf das *gesamte* eingebrachte Kapital. Die hier erwähnte Intakthaltungspflicht hingegen gilt nur intern und damit dispositiv; sie trifft nur den oder die Kommanditäre, bzw. die Komplementäre aufgrund von Art. 560 I OR,²⁰⁹ und zwar je bezüglich ihres Kapitalanteils.

Einzig diese spezielle Bezugsbeschränkung bzw. Intakthaltungspflicht hat das geltende OR (Art. 611 I) dem Wortlaut nach:

«...wenn und soweit die Kommanditsumme *durch*²¹⁰ die Auszahlung nicht vermindert wird.»

noch im Auge.²¹¹

Im Sinne einer *Zusammenfassung* erhellt somit, dass sich der Kreis zu der in Art. 560 I OR für den Kollektivgesellschafter festgehaltenen und damit auch für den Komplementär geltenden Regelung schliesst. Das heisst beide Gesellschafterkategorien, Komplementäre und Kommanditäre, haben – ohne anderslautende vertragliche Regelung²¹² – durch Geschäftsverluste, nicht durch Rückbezüge, bewirkte Verminderungen ihres Kapitalanteils intern in dem Sinne auszugleichen, dass sie Gewinnanteile aus nachfolgenden guten Geschäftsjahren auf ihren Kapitalkonten stehenlassen müssen, sie also weder in bar beziehen noch auf aussergesellschaftliche Konten (im Sinne von Darlehen beispielsweise) buchen lassen dürfen, bis derjenige Stand des Kapitalanteils wieder erreicht ist, der vor Beginn der Verlustphase bestanden hatte.²¹³ Nur beschränkt massgebend ist entsprechend der erwähnte Stand des Kapitalanteils dann, wenn während der Verlustphase erlaubte oder unerlaubte²¹⁴ Rückbezüge getätigt worden waren.

²⁰⁹ Vgl. vorst. Ziff. 1.2.

²¹⁰ Hervorhebung durch die Verf.

²¹¹ Vgl. bereits vorst. bei Fn.169, nachst. § 3, bei Fn.121.

²¹² Zu den Möglichkeiten solcher vertraglicher Regelungen eingehend SCHILLING, Anm. 10 zu § 169 HGB.

²¹³ Für den Komplementär vgl. erneut deutlich ProtExpKomm, 35 ff., insbes. 39, HARTMANN, N.3 zu Art. 560 OR, SIEGWART, N.34 zu Art. 558/60 OR.

²¹⁴ Auf Kapitalkonto gebuchte, vgl. bei Fn.203 vorst.

Beide fallen für die Berechnung des Umfangs der Bezugsbeschränkung ausser Betracht, weil der Gesellschaft dafür ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung – im Falle von eigenmächtigen Rückbezügen allenfalls ein Anspruch aus unerlaubter Handlung – zusteht.²¹⁵ Die Bezugsbeschränkung besteht somit, anders gewendet, maximal im *Umfange* der durch *Verluste* bewirkten Verminderungen, wie Art. 560 I OR a.E. deutlich zum Ausdruck kommen lässt.²¹⁶ Entsprechend ist der Kapitalanteil vor Beginn der Verluste zwecks Errechnung der jeweiligen Bezugsgrenze allenfalls um den Betrag solcher Rückbezüge zu reduzieren.

²¹⁵ Unabhängig davon, ob und allenfalls auf welchem Konto die Rückbezüge verbucht worden waren. In dieser Entscheidung ist die Gesellschaft m.E. frei. Nicht einleuchtend daher m.E. SUDHOFF, 255, wonach «*durch eine unzulässige Entnahme eine Einlageverminderung auf dem Kapitalkonto überhaupt nicht eintreten kann...*». Ähnlich SCHILLING, Anm. 8 zu § 169 HGB. – Ob auf Kapitalkonto verbucht wurde, spielt hingegen im Aussenverhältnis eine Rolle, denn nur die Verbuchung auf Kapitalkonto lässt die Haftung wiederauflieben, vgl. nachst. § 11, VIII 4.1.

²¹⁶ Vgl. auch Art. 611 I OR in hier vertretener Interpretation, dazu vorst. im Text, s.a. SCHILLING, Anm. 8 zu § 169 HGB.

Im folgenden sollen die vorstehenden Ausführungen kurz in einigen einfachen RECHNUNGSBEISPIELEN veranschaulicht werden (ohne Einbezug des gemäss hier vertretener Ansicht gesetzlich gegebenen Zinsanspruchs):

Vereinbarte Kommanditeinlage: 100

A. Variante ohne Rückbezüge

Kapitalkonto Kommanditär

1. Geschäftsjahr

	S	H	
ursprünglich geleistete Einlage		40	
Gewinnanteil		6	freiwillig stehengelassen (erlaubt gem. Art. 601 III OR bis zur Höhe der vereinbarten Kommanditeinlage, in casu 100; vgl. nachst. Ziff. 2)
Saldo Ende Jahr		<u>46</u>	

2. Geschäftsjahr

	S	H	
Eröffnung		<u>46</u>	Stand Kapitalanteil (= geleistete Einlage i. w. S. = ursprüngliche Einlage + Zuwachs) vor Beginn der Verluste = Bezugsgrenze
Verlustanteil	4		
Saldo Ende Jahr		<u>42</u>	durch Verluste verminderter Kapitalanteil

3. Geschäftsjahr

	S	H
Eröffnung		42
Gewinnanteil		2
Saldo Ende Jahr		<u>44</u>

Kapitalanteil Ende Jahr – vor Bezug vermindert: vollständige Bezugsbeschränkung

4. Geschäftsjahr

	S	H
Eröffnung		44
Gewinnanteil		3
Saldo Ende Jahr, vor Bezug		47
Bezug	1	
Saldo Ende Jahr, nach Bezug		<u>46</u>

Kapitalanteil Ende Jahr vor Bezug – unvermindert, intakt (im Verhältnis zur Bezugsgrenze): nur teilweiser Gewinnbezug möglich, nämlich 1, da durch vollständigen Bezug der Kapitalanteil (geleistete Einlage i. w. S.) vor Eintritt der Verluste (Bezugsgrenze: 46) vermindert werden würde; teilweise Bezugsbeschränkung bzw. Intakthalungspflicht, nämlich 2.

B. Variante mit Rückbezügen

Kapitalkonto Kommanditär

1. Geschäftsjahr

	S	H	
ursprünglich geleistete Einlage		<u>46</u>	= Stand Kapitalanteil vor Beginn der Verluste (ursprüngliche Bezugsgrenze)
Verlustanteil	2		
Saldo Ende Jahr		<u>44</u>	

2. Geschäftsjahr

	S	H	
Eröffnung		44	
Rückbezug	20		neue Bezugsgrenze: $46 - 20 = 26$ (= Einlage i. w. S. – wie immer ohne Berücksichtigung der Verluste)
Verlustanteil	1		
Saldo Ende Jahr		<u>23</u>	Kapitalanteil vermindert

3. Geschäftsjahr

	S	H
Eröffnung		23
Gewinnanteil		15
Saldo Ende Jahr, vor Bezug		38
teilweiser Bezug	12	
Saldo Ende Jahr, nach Bezug		<u>26</u>

teilweiser Gewinnbezug möglich, nämlich 12, da nur die *Bezugsgrenze* von 26 und nicht die ursprüngliche von 46 berücksichtigt werden muss. Anders gewendet: *teilweise* Bezugsgrenzung (bzw. Intakthaltungspflicht): 3, entsprechend der Summe der Verluste: 2 aus dem 1., 1 aus dem 2. Geschäftsjahr.

1.3.3 Folgen der Abweichung von der gesetzlichen Bezugsbeschränkung

Werden Gewinne gestützt auf eine von Art. 611 I OR abweichende vertragliche Abmachung – d.h. unter Belassung des durch Verluste verminderten Kapitalanteils bzw. unter Bewirkung einer solchen Verminderung – ausgerichtet,²¹⁷ so werden diese Bezüge im Aussenverhältnis den Rückerstattungen im externrechtlichen Sinne von Art. 611 OR gleichgestellt, welche die Haftung des Kommanditärs – maximal bis zum Betrage der Kommanditsumme – wieder aufleben lassen.²¹⁸ Auf dieses Aufleben der Haftung bleibt der Schutz der Gläubiger, und zwar bei Auflösung der Gesellschaft,²¹⁹ beschränkt, unter Vorbehalt der betriebsrechtlichen Anfechtungsklage.²²⁰

Bei der Gesellschaft selbst ist zu unterscheiden: Hat sie bzw. haben die Gesellschafter – via Gesellschaftsvertrag oder ad hoc – in die Ausrichtung²²¹ von Gewinn trotz in concreto vom Gesetz her gegebener

²¹⁷ Auszahlung oder Verbuchung auf Separatkonto, vgl. vorst. Ziff. 1.1.

²¹⁸ Vgl. nachst. § 11, VIII 4.2.

²¹⁹ Während der Dauer der Gesellschaft besteht die Anspruchsmöglichkeit nur latent, vgl. nachst. § 11, VIII 1.

²²⁰ Vgl. statt vieler SIEGWART, N.1 zu Art. 616 OR.

²²¹ Vgl. Fn.217 vorst.

Bezugsbeschränkung *eingewilligt*, so kann sie die entsprechenden Bezüge²²² höchstens auf dem Wege der ungerechtfertigten Bereicherung und zwar unter Berufung auf einen Irrtum (Art. 63 I OR) zurückverlangen.²²³

Ist hingegen der Bezug des tatsächlich erwirtschafteten Gewinns vom Kommanditär *eigenmächtig* vorgenommen worden, kann die Gesellschaft ihren Rückforderungsanspruch auf eine Verletzung vertraglicher Pflichten abstützen, denn dazu wird die subsidiäre Verpflichtung von Art. 611 I OR mangels abweichender Vereinbarung.²²⁴ Wurde der eigenmächtige Bezug gar ohne Vorliegen von Gewinn oder in einem vom tatsächlich erzielten Gewinn abweichenden Umfang getätigt, so wird dieser «Bezug» zum unerlaubten «Rückbezug».²²⁵ Es verbleibt daher der Gesellschaft – wie allgemein in Fällen von unerlaubten Rückbezügen – die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung²²⁶ (diesmal aufgrund von Art. 62 OR), unter Umständen aber auch eine solche aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR).²²⁷

Ob ein allfälliger guter Glaube des Kommanditärs diesen auch im internen Verhältnis vor einem Rückerstattungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung²²⁸ zu bewahren vermöge, wie dies für das Aussenverhältnis zutrifft,²²⁹ ist umstritten.²³⁰ – Eine Gleichstellung von Aussen- und Innenverhältnis verbietet sich jedoch m.E. auch in dieser Richtung.²³¹ Der Vorbehalt des guten Glaubens im Rahmen von Art. 611 II OR hat eine klare Funktion. Er soll den Einbruch in die Interna der Gesellschaft, der durch die Gleichstellung der nach Verlustjahren bezogenen Gewinne (und Zinsen) mit den sonstigen Kapitalrückerstattungen

²²² Gleich wie erlaubte Rückbezüge.

²²³ Vgl. HARTMANN, N. 13 zu Art. 601 OR, SIEGWART, N. 29 zu Art. 610/ 12 OR, FUNK, N. 3 zu Art. 601 OR; a.A. offenbar SCHILLING, Anm. 8 zu § 169, Anm. 37 zu § 172 HGB, LEHMANN/DIETZ, 202. – Den übrigen Gesellschaftern steht allenfalls im Liquidationsstadium ein entsprechender Regressanspruch zu.

²²⁴ Diese Möglichkeit wird, soweit ersichtlich, nirgends erwähnt.

²²⁵ Unabhängig von der Frage der Verbuchung, vgl. Fn. 215 vorst.

²²⁶ Gl.A. SCHILLING, Anm. 8 zu § 169, Anm. 37 zu § 172 HGB, ebenso – ohne Differenzierungen – SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 10 zu § 169 HGB.

²²⁷ Vgl. auch nachst. § 11, IX 1.2.

²²⁸ Bei vertraglichem bzw. Anspruch aus unerlaubter Handlung entfällt das Problem m.E. a priori.

²²⁹ Vgl. Art. 611 II OR, nachst. § 11, VIII 4.2.3.1.

²³⁰ Dagegen HARTMANN, N. 13 zu Art. 601 OR, LEHMANN/DIETZ, 202; dafür SIEGWART, N. 29/30 zu Art. 610/12 OR, WIELAND, 751, so wohl auch SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1180 f.

²³¹ Gl.A. SCHILLING, Anm. 9 zu § 169 HGB, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 11 zu § 169 HGB, Anm. 24 zu § 171 HGB, LEHMANN/DIETZ, 202.

bewirkt und mit dem eine gewisse Korrektur der beschränkten Haftung angestrebt wird, begrenzen.²³² Ein solcher Schutz des Kommanditärs ist gegenüber der Gesellschaft nicht erforderlich und auch nicht angebracht. Es würd dadurch unter anderem der Kommanditär gegenüber dem Komplementär ohne Grund bevorzugt.²³³ Im vorliegenden Zusammenhang bestehen gleiche Rechte, aber auch gleiche Verantwortung. Sowohl Komplementär als auch Kommanditär können sich somit m.E. auf ihren guten Glauben nicht grundsätzlich, sondern allenfalls im Rahmen der Art. 62 ff. OR bezüglich Umfang der Rückerstattung berufen (Art. 64/65 OR).

1.4 Fälligkeit/Vorbezüge

Mit der Errichtung und der Genehmigung der Bilanz des abgelaufenen Geschäftsjahres wird der Gewinnanspruch fällig.²³⁴ Gemäss WIELAND und SIEGWART²³⁵ genügt bei schuldhafter Verzögerung der Zeitpunkt, in dem die Bilanz hätte angenommen werden können. Eines besonderen Beschlusses der Gesellschafter bedarf es normalerweise, d.h. soweit der Vertrag nichts anderes vorsieht, nicht. Sofern die Bilanz unterzeichnet wurde, bedeutet sie für den ausgewiesenen Gewinn eine Schuldanerkennung der Gesellschaft.²³⁶ Der Kommanditär hat die Bilanz nicht mitzuunterzeichnen.²³⁷ Ob er bei deren Aufstellung mitzuwirken hat, ist umstritten.²³⁸

Vertraglich ist, wie bei der KollG,²³⁹ auch dem Kommanditär gegenüber grundsätzlich die Gestattung von *Vorbezügen*, d.h. von Gewinnbezügen akonto endgültiger Gewinn im Verlaufe des Geschäftsjahres, möglich, unter Vorbehalt einer späteren Korrektur, wiederum nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung.²⁴⁰ Spätestens zu Beginn des näch-

²³² Vgl. nachst. § 11, VIII 4.2.3.1.

²³³ Der Kommanditär sollte zwar durch die Revision besser als früher (vgl. StenBullStR 1931/162) und gestärkt (vgl. StenBullNR 1934/236), sicher aber nicht besser als der Komplementär gestellt werden unter vergleichbaren Umständen.

²³⁴ Art. 559 II OR, vgl. auch HARTMANN, N.9 zu Art. 558 OR, JOB, 52. Von diesem Zeitpunkt an können auch seine Privatgläubiger darauf greifen, vgl. Art. 613 II OR, s.a. HÄRTSCH, 95.

²³⁵ Je: S.553, 751, bzw. N.25 zu Art. 558/60 OR.

²³⁶ So HARTMANN, N.9 zu Art. 558 OR.

²³⁷ Vgl. HARTMANN, Nr.8 zu Art. 600 OR.

²³⁸ Vgl. Fn.9 vorst.

²³⁹ Vgl. dazu bereits BGE 24 II 737.

²⁴⁰ Vgl. SIEGWART, N.28 zu Art. 558/560 OR, HARTMANN, N.3 zu Art. 559 OR.

sten Geschäftsjahres tritt eine sichere Lage ein,²⁴¹ indem der Gewinn dann entweder bezogen bzw. auf Sonderkonto im Sinne eines Darlehens gebucht oder dem Kapitalanteil zugefügt ist.

1.5 Geltendmachung des Gewinnanspruchs

Ist der Gewinnanspruch fällig und steht seinem Bezug keine Beschränkung entgegen,²⁴² so kann er vom Kommanditär nötigenfalls auf dem Klageweg gegen die bestehende oder liquidierende Gesellschaft,²⁴³ nach durchgeführter Liquidation gegenüber den einzelnen Gesellschaftern, geltend gemacht werden.²⁴⁴ Im letzteren Fall hat er die ihn selbst belastende Verlustquote zu berücksichtigen,²⁴⁵ welche allerdings gemäss Art. 601 I OR – dispositiv – beschränkt ist.²⁴⁶

Die fälligen Gewinnansprüche können grundsätzlich auch dann durchgesetzt werden, wenn der Gesellschaft die Erfüllung schwer fällt,²⁴⁷ unter Vorbehalt der betriebsrechtlichen Anfechtungsklage auch dann, wenn die Gesellschaft überschuldet ist. Die Gesellschaft kann allfällige Gegenansprüche auf Leistung rückständiger Einlagen zur Verrechnung bringen.²⁴⁸ Bestand der Beitrag nicht in Geld, verbleibt ihr allenfalls die Einrede des nichterfüllten Vertrages.²⁴⁹

²⁴¹ Vgl. SIEGWART, N.32 zu Art. 558/60 OR, SCHILLING, Anm. 7 und 8 zu § 169 HGB; eine sichere Lage auch in dem Sinne, dass bezogene Gewinne nicht wegen späterer Verluste wieder zurückgegeben werden müssen; vgl. ausdrücklich § 169 II HGB.

²⁴² Vgl. dazu vorst. Ziff. 1.3.2.

²⁴³ Vgl. ZR 13(1914)165.

²⁴⁴ Vgl. SIEGWART, N.18 zu Art. 558/60, N.18 zu Art. 533 OR, HARTMANN, N.1 zu Art. 559 OR.

²⁴⁵ Vgl. SIEGWART, N.18 zu Art. 558/60 OR, WIELAND, 554, VON DER WEID, 86.

²⁴⁶ Gemäss hier vertretener Ansicht auf die vereinbarte Einlage, vgl. ausführlich nachst. § 10, II 1.

²⁴⁷ Vgl. SIEGWART, N.19 zu Art. 558/60, HARTMANN, N.1 zu Art. 559 OR; anders das deutsche Recht in § 122 I HGB.

²⁴⁸ Vgl. HARTMANN, N.1 zu Art. 559 OR, gl. SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 4 zu § 169 HGB; a.A. SCHILLING, Anm. 6 zu § 169 HGB.

²⁴⁹ Vgl. SIEGWART, N.20 zu Art. 558/560 OR, vgl. auch die Zitate in § 1, Fn.295.

2. Äufnung des Kapitalanteils durch Stehenlassen der Gewinnanteile/Grenzen

Zur Diskussion steht hier nicht mehr die *Pflicht* des Kommanditärs, die «Kommanditsumme»²⁵⁰ durch Stehenlassen von Gewinnen (unter anderem) aufzufüllen (das «Müssen»), sondern sein *Recht*, Gewinne stehen zu lassen, d.h. seinen Kapitalanteil²⁵¹ durch Nichtbezüge zu erhöhen bzw. positiv gewendet: zu äufnen (das «Dürfen»).²⁵² Dieses Recht erfährt für den Kommanditär durch Art. 601 III OR eine Begrenzung, d.h. er darf die ihm zukommenden Gewinne nur bis zur Höhe der «Kommanditsumme» auf seinem Kapitalkonto stehen lassen.²⁵³ Auf den Begriff der «Kommanditsumme» in diesem Zusammenhang wird noch zurückzukommen sein. Erneut festzuhalten ist vorweg, dass im Ansetzen dieser oberen Grenze der – gemäss hier vertretener Auffassung – einzige Sinn bzw. die einzig vertretbare direkte Aussage der Vorschrift von Art. 601 III OR besteht.²⁵⁴

Wie erwähnt, entspricht Art. 601 III OR im Aufbau grundsätzlich der Vorschrift von Art. 559 III OR aus dem Rechte der KollG.²⁵⁵ Insbesondere beziehen sich die Vorschriften in beiden Gesellschaftsformen auf das

²⁵⁰ Nach hier vertretener Ansicht: die geleistete Einlage vor Beginn der Verluste, vgl. vorst. Ziff. 1.3.2.

²⁵¹ Zutreffend BISCHOFF, 63. Unpräzis HIRSCH, 168, 173: «apport» – der Begriff ist bezüglich zu Begrenzendes zu vieldeutig, vgl. vorst. § 1, III 3. Hier geht es um die veränderliche Grösse, grundsätzlich um die «jeweils geleistete» Einlage, die «part sociale», eben den Kapitalanteil, nur für diese Grösse spielt die ratio (s. nachst im Text) von Art. 559 III und Art. 601 III OR. Wie hier SIEGWART, N.7 zu Art. 601 OR, weniger klar HARTMANN, N.7 zu Art. 601 OR, vgl. auch den diesbezüglich noch deutlicheren Wortlaut von Art. 601 III gemäss E III, dito Art. 604 II E I, Art. 617 II E II, s.a. StenBullStR 1931/163.

²⁵² Oder auch: als Kehrseite der Medaille, seine *Pflicht* zum Bezug.

²⁵³ Der Begriff «stehen lassen» wird häufig auch in einem weiteren Sinne, nämlich i.S. von «stehen lassen im Geschäft» (z.B. U.Huber, 254) und damit *entweder* auf Kapitalkonto als Einlage *oder* auf Separatkonto als Darlehen, verwendet. Letzteres fällt hingegen nach hier vorgenommener Einteilung unter den «Bezug» (vgl. vorst. Ziff. 1.1) und erfährt daher eine Begrenzung des *Bezugsrechts*, d.h. eine Begrenzung nach unten, und nicht eine Begrenzung des *Äufnungsrechts*, von dem hier die Rede ist, d.h. eine Begrenzung nach oben.

²⁵⁴ Vgl. bereits vorst. Ziff. 1.3.1; vgl. wiederum den Formulierungsvorschlag de lege ferenda (Art. 601b) nachst. im Schlusswort. – Gl.A. HIRSCH, 173, 167/68; vgl. E I Art. 604 II, E II Art. 617 II, E III Art. 601 III (!): «...Gewinn wird nur solange zugeschrieben ...» – Diese Änderung ist wiederum – gleich wie die Ausdehnung auf die Honorare – der Parlamentarischen Redaktionskommission anzulasten. Vgl. dazu ausführlich in Fn.99 vorst.

²⁵⁵ Vgl. schon aOR Art. 557 II. – Das deutsche Recht kennt keine gesetzlich vorgeschriebene Beschränkung für die OHG. In der Lehre ist die Zulässigkeit der unbegrenzten Äufnung streitig; vgl. dazu z.B. BOHNENBERG, Anm. III zu § 122 HGB.

Gutschreiben von Ansprüchen sowohl aus Gewinn, Zins als auch insbesondere aus Honorar.

Ratio von Art. 559 III und 601 III OR ist denn auch dieselbe: nämlich zu vermeiden, dass sich das Verhältnis der vermögensrechtlichen Ansprüche der Gesellschafter untereinander verschiebt,²⁵⁶ d.h. unter anderem auch dasjenige der Gewinnansprüche.²⁵⁷ Diese Gefahr besteht natürlich nur insofern, als der Vertrag die Grösse des Kapitalanteils für den Umfang des Gewinnanspruchs als massgebend erklärt,²⁵⁸ was ab und zu vorkommt, und nicht z.B. eine Verteilung nach Köpfen oder in einem zum voraus festgelegten prozentualen Verhältnis. Wird die Gewinnbeteiligung am Kapitalanteil bemessen, so soll vermieden werden, dass ein bedürftigerer Gesellschafter, der auf Bezüge eher angewiesen ist, im Verhältnis zu einem vermöglicheren, der andere Finanzierungsquellen besitzt und daher auf Bezüge verzichten kann, benachteiligt wird, indem der Kapitalanteil des letzteren und damit auch seine Bezugsmöglichkeit sich ständig überproportional vergrössert.²⁵⁹ Dieser Begründung könnte allerdings entgegengehalten werden, dass der betreffende Gesellschafter, der durch Überlassung von seinem wachsenden Kapital an die Gesellschaft seine Bereitschaft zeigt, ein erhöhtes, unmittelbares Risiko für die Gesellschaft zu tragen, eine entsprechend höhere Berücksichtigung bei der Verteilung des Überschusses ohne weiteres erwarten dürfte.²⁶⁰

Der einzige hier interessierende Unterschied zwischen den beiden Vorschriften liegt darin, dass im Rechte der KollG die (widerlegbare) Vermutung des Gesetzes dahin geht, es dürfe der Gesellschafter seine Gewinn- (Zins- und Honorar-) Anteile seinem Kapitalanteil unbeschränkt gutschreiben lassen, das Gegenteil also bewiesen werden müsste,²⁶¹ währenddem die gesetzliche Vermutung bei der KG für eine Begrenzung der Äufnungsmöglichkeit der Kapitalanteile spricht.²⁶²

²⁵⁶ S.a. VON STEIGER, 498/99; s.a. WIEDEMANN, 146.

²⁵⁷ Vor allem aber das Verhältnis der Zinsansprüche, ev. der Liquidationsansprüche und allenfalls des Stimmrechts.

²⁵⁸ Unpräzis diesbezüglich WULKAN, 156.

²⁵⁹ Im gl.S. z.B. HIRSCH, 168; diese Gefahr des wachsenden Missverhältnisses der Gewinn- (und Zins-) Ansprüche der Gesellschafter kann sich nur bei den Kapitalanteilen, bzw. bei der «jeweils geleisteten Einlage» verwirklichen.

²⁶⁰ So z.B. BOHNENBERG, Anm. III zu § 122 HGB.

²⁶¹ Vgl. den Text: «*sofern nicht einer der anderen Gesellschafter Einwendungen dagegen erhebt*»; dazu auch HARTMANN, N.4 zu Art. 559 OR.

²⁶² Die Teilnahme am Gewinn an sich ist unbegrenzt, vgl. ausdrücklich SCHLEGELBERGER/ GESSLER, Anm. 6 zu § 167 HGB.

Bevor dieser Unterschied näher betrachtet und beurteilt werden kann, muss auf die Grenze der Äufungsmöglichkeit an sich eingegangen werden.

Dem Wortlaut des revOR gemäss wird sie selbstverständlich durch die «Kommanditsumme» gebildet. Einmal mehr übernehmen die massgeblichen Autoren diesen Wortlaut kritiklos.²⁶³ Einmal mehr ergibt aber der Wortlaut keinen Sinn. Die Kommanditsumme als Haftsumme kann begrifflich weder «einbezahlt» noch «vermindert» werden.²⁶⁴ Sie kann auch weder als zu Begrenzendes (hiefür steht der veränderliche Kapitalanteil²⁶⁵) noch als Grenze eine Rolle spielen, wie noch zu zeigen sein wird. Geregelt werden eben in Art. 601 III OR Interna, nämlich Fragen der «Gewinn- und Verlustbeteiligung»;²⁶⁶ in Absatz 3 insbesondere die Gefahr der ungerechtfertigten/übermässigen Verschiebung der Gewinnanteile der einzelnen Gesellschafter im Verhältnis zueinander.²⁶⁷ Diese Gefahr ist nicht generell zu bannen durch die Ansetzung der Kommanditsumme als Grenze. Denn die vereinbarte (bedungene) Einlage des Kommanditärs kann z.B. ohne weiteres kleiner sein als die vereinbarte Haftsumme.²⁶⁸ Diesfalls wäre der Schutz der übrigen Gesellschafter im Innenverhältnis nur sehr unvollständig. Die Einlage kann aber auch grösser sein als die Kommanditsumme. Dann aber ist nicht einzusehen, weshalb die Äufungsmöglichkeit auf die niedrigere Kommanditsumme beschränkt sein sollte. Dies käme geradezu einem Verbot der Erfüllung der Beitragspflicht gleich. Das Recht aber auf Vollzug der Beitragsleistung durch den Personengesellschafter, auch den Kommanditär, ist allseits anerkannt.²⁶⁹

Zusammengefasst würde ein fixes Ausrichten nach dem Betrag der im Handelsregister eingetragenen oder sonstwie kundgegebenen, im Prinzip

²⁶³ Vgl. SIEGWART, N.7 zu Art. 601 OR, VON STEIGER, 620/21, teilweise auch 611/12, s. aber 612 N.10, HARTMANN, N.12-14 zu Art. 601 OR, vor allem letzterer die Vorschrift allerdings fast ausschliesslich vom Gesichtspunkt der «Auffüllungspflicht», vgl. vorst. Ziff. 1.3.1, angehend, vgl. auch seine N.15 a.a.O., BISCHÖFF, 63.

²⁶⁴ Siehe vorst. § 1, II (Terminologisches).

²⁶⁵ Dazu vorst. im Text.

²⁶⁶ Vgl. auch das entsprechende Marginale.

²⁶⁷ Das Abstellen auch von HIRSCH, 167 f., auf die «commandite», d.h. der Kommanditsumme als Grenze, gestützt auf Überlegungen aus dem Gebiet der Haftungsbe-freiung, also Externa, vermag somit nicht zu überzeugen, ähnlich HARTMANN, N.13 zu Art. 601 OR.

²⁶⁸ Nur diesen Fall hat offenbar HIRSCH, a.a.O., im Auge. M.E. bleibt indes dem Kommanditär, der eine Inanspruchnahme durch die Gläubiger über die vertraglich vereinbarte Einlage hinaus vermeiden will, nur die Möglichkeit, von Anfang an für eine Vereinbarung zu sorgen, wonach die Kommanditsumme selbst gleich hoch vereinbart wird wie seine vertragliche Einlage.

²⁶⁹ Vgl. dazu vorst. § 1, I.

unveränderlichen Kommanditsumme jegliche vertragliche Vereinbarung einer davon abweichenden Kommanditeinlage²⁷⁰ a priori illusorisch machen. Oberste Grenze der Äufnungsmöglichkeit des Kapitalanteils im Sinne von Art. 601 III OR kann daher m.E. nur die Kommanditeinlage, und zwar die *vertraglich vereinbarte* (bedungene) Einlage des Kommanditärs, sein. Sie bildet die ursprünglich von den Gesellschaftern (maximal) gewollte Grundlage für die Bemessung der Gewinnanteile – immer im Rahmen der vorgeschilderten ratio von Art. 601 III OR, d.h. unter der Voraussetzung, dass der Gewinn vertragsgemäss weder nach Köpfen noch nach sonstigen fixen Kriterien aufgeteilt werden sollte. Das deutsche Recht schreibt entsprechend in § 167 II HGB klipp und klar die «bedungene Einlage» als obere Grenze der Äufnungsmöglichkeit durch Gewinnanteile vor.²⁷¹ Die Entwürfe I und II (Art. 604 II bzw. Art. 617 II) übernahmen den Text des HGB im wesentlichen wörtlich. Der Begriff der «bedungenen Einlage» wurde erst im Entwurf III (Art. 601 III) durch denjenigen der «Kommanditsumme» ersetzt – einzig und allein gestützt auf den folgensweren, wenig durchdachten und vom Parlament leider auch gutgeheissenen Grundsatzentscheid der Expertenkommission, ab Art. 597 OR ausschliesslich den Begriff der Kommanditsumme zu verwenden.²⁷² Ein Abweichen vom Wortlaut darf daher m.E. ohne besondere Skrupel geschehen. Die Auslegung zwingt ein solches Abweichen vielmehr geradezu auf.

Die dispositive Regelung des Gesetzes hat zur Folge, dass der Kommanditär allfällige diese Grenze übersteigende Gewinnanteile, soweit er nicht deren Auszahlung verlangen will,²⁷³ als aussergesellschaftliche, d.h. als gewöhnliche Buchforderung stehen lassen muss. Die Gewinnanteile werden diesfalls oft dem sogenannten Kapitalkonto II (auch Privat-²⁷⁴ oder

²⁷⁰ Als Möglichkeit übereinstimmend anerkannt, vgl. vorst. § 1, III 1 und 2.

²⁷¹ Deutlich dazu HUECK, 142: «bedungene Einlage», nicht notwendigerweise mit der Haftungsgrenze übereinstimmend, gl. SCHILTING, Anm. 11 und 12 zu § 167 HGB.

²⁷² Vgl. ProtExpKomm, 114/15, 118, eingehend vorst. § 1, II.

²⁷³ Vgl. vorst. Ziff. 1.1, HARTMANN, N.13 zu Art. 601 OR, SIEGWART, N.7 zu Art. 601 OR, VON STEIGER, 621 – alle jedoch wie erwähnt, als Obergrenze die Kommanditsumme annehmend.

²⁷⁴ Buchhalterische Kritik an diesem Sprachgebrauch bei U. HUBER, 255, spezielle Bedeutung auch bei SUDHOFF, 240 ff.; zur Bezeichnung und zur zu vermutenden Rechtsnatur solcher Konten vgl. auch KLAUSS/MITTELBACH, 128, Anm. 211 ff. Einleuchtend sein Rat, vgl. 131, Anm. 216, jedenfalls den Bestandteil «Kapital» in der Bezeichnung eines Kontos nicht zu verwenden, wenn vermieden werden soll, dass es je – z.B. im Konkurs – als Teil des haftenden Kapitals betrachtet werden kann.

Separatkonto genannt) eingebucht.²⁷⁵ Mit anderen Worten gilt die gesetzliche Vermutung bis zur Höhe der bedungenen Einlage pro sozialrechtliche, ab Höhe der bedungenen Einlage pro individualrechtliche Natur der Forderung.²⁷⁶ Insofern erweist sich die am Rande betriebene Kontroverse zwischen SIEGWART und VON STEIGER²⁷⁷ als gegenstandslos, denn die gesetzliche Vermutung pro bzw. contra Rechtsnatur der Gewinnüberschüsse als individualrechtliche Forderung hat mit der von SIEGWART angenommenen und von VON STEIGER bestrittenen umfangmässigen Übereinstimmung von Kommanditsumme und Kommanditeinlage nichts zu tun. Das Gesetz orientiert sich nach hier vertretener Auslegung von Art. 601 III OR ausschliesslich an der Kommanditeinlage, d.h. es bewegt sich also grundsätzlich auf einer anderen Ebene.

Eine von der erwähnten gesetzlichen Vermutung abweichende Vereinbarung muss sich deutlich ergeben,²⁷⁸ denn sie bedeutet eine Erhöhung der Einlage und ganz allgemein²⁷⁹ auch eine Erstarkung des Kommanditärs im Innenverhältnis. Daran sind die übrigen Gesellschafter, die Komplementäre insbesondere, allenfalls überhaupt nicht interessiert. Eine blossе Buchung und Belassung des die vereinbarte Einlage übersteigenden Gewinnanteils auf dem Kapitalkonto des Kommanditärs wird daher für sich allein nicht genügen;²⁸⁰ ebenso wenig die – blossе – Bereitschaft des Kommanditärs, die Überschüsse als sozialrechtliche Einlagen stehen zu lassen.²⁸¹

Dadurch, dass die Begrenzung der Äufnungsmöglichkeit auf den Begriff der vereinbarten Einlage abgestützt wird, bleibt auch der Bezug zur gesetzlichen (und damit dispositiven) Regelung der definitiven Verlusttragung gemäss Art. 601 I OR gewahrt. Gleich wie gemäss hier vertretener Ansicht über die vereinbarte Einlage hinausgehende Beträge bei der Berechnung der künftigen Gewinnanteile ausser Betracht bleiben, sind sie

²⁷⁵ Zur Behandlung eines solchen Kontos, i.c., «Geheimkonto» genannt, aus steuerrechtlicher Sicht, vgl. z.B. ZR 23/167.

²⁷⁶ Gl. für deutsches Recht gestützt auf § 167 II HGB: BOHNENBERG, Anm. I, HUECK, 142, SCHILLING, Anm. 9 zu § 167 HGB.

²⁷⁷ SIEGWART, N.7 zu Art. 601, N.4 zu Art. 598 OR, VON STEIGER, 611/12, 621, inkl. N.34.

²⁷⁸ Vertrag, allenfalls Gesellschafterbeschluss, vgl. HARTMANN, N.14 zu Art. 601 OR, s.a. SIEGWART, N.7 zu Art. 601 OR; gl. KLAUSS/MITTELBACH, 152, Anm. 249.

²⁷⁹ U.a. zufolge des wachsenden Zinsanspruchs, vgl. dazu nachst. § 3, III.

²⁸⁰ S.a. KLAUSS/MITTELBACH, 152, Anm. 249, wonach die Kontenbehandlung allgemein nicht ausreicht, um Unklarheiten zu beheben. Der «grosszügige» Gesellschafter, der sämtliche Gewinne auf ein Sonderkonto buchen lässt, kann eines Tages der Hauptgläubiger der Gesellschaft sein!

²⁸¹ Wie u.U. VON STEIGER, 612, zu entnehmen sein könnte.

auch den Verlustrisiken bei Auflösung der Gesellschaft eo ipso nicht mehr ausgesetzt, bedeuten eben nicht mehr verantwortliches Kapital.²⁸² Damit bleibt auch der endgültige Verlust des Kommanditärs – ohne anderslautende Vereinbarung – auf den Betrag der bedungenen Einlage beschränkt. Der Kreis schliesst sich also, weil, wie noch auszuführen sein wird, auch von der Verlusttragung her betrachtet die bedungene Einlage und nicht die Kommanditsumme als obere Begrenzung des Risikos eines Kommanditärs einzusetzen ist.²⁸³ In der Tatsache, dass auch der definitive Verlustanteil des Kommanditärs – zumindest von Gesetzes wegen – beschränkt ist, liegt gleichzeitig eine mögliche Rechtfertigung der zum Teil kritisierten²⁸⁴ Ungleichbehandlung bzw. Benachteiligung des Kommanditärs gegenüber dem Komplementär bezüglich Begrenzung in der Äufnung ihrer Einlagen durch stehengelassene Gewinnanteile. Daneben darf auch der unter Umständen gewichtige Vorteil nicht übersehen werden, wonach der Kommanditär derartige auf Separatkonto gebuchte Forderungen, d.h. eigentlich frühere Gewinne der Gesellschaft,²⁸⁵ in einem allfälligen Konkurse der Gesellschaft – im Gegensatz zu seiner gesellschaftlichen Einlage²⁸⁶ – geltend machen kann. Auch im Rahmen der Liquidation wird seine aussergesellschaftliche Forderung vorweg und damit in der Regel voll befriedigt; sie wird also nicht erst im Rahmen der internen Auseinandersetzung – unter allfälliger entsprechender Anrechnung der Verlusttragungspflicht – ausgeglichen.²⁸⁷ Gemäss U. HUBER²⁸⁸ ist daher eher der Komplementär als der Kommanditist benachteiligt, und kann die Begrenzung der Äufnungsmöglichkeit dem Komplementär unter Umständen recht gefährlich werden, da der Kommanditär diese aussergesellschaftlichen Guthaben in der Regel auch während der Dauer der Gesellschaft jederzeit abziehen kann.²⁸⁹ Schliesslich ist zu erwähnen, dass jeder

²⁸² Gem. SCHILLING, Anm. 10 zu § 167 HGB, liegt hierin v.a. der gesetzgeberische Grund für die Beschränkung der Gewinngutschrift des Kommanditisten. Einen Schutz des Kommanditärs sehen auch GUHL/MERZ/KUMMER, 596, in der gesetzlichen Regelung. – Kritik an dieser Regelung, die u.U. für die Komplementäre sehr nachteilig sein kann bei U. HUBER, 256, sowie ders. 257 ff. zur Korrektur durch Einführung eines unbeschränkt variablen Kapitalanteils des Kommanditisten bzw. des Systems der festen Kapitalanteile und geteilten Kapitalkonten; zu letzterem s.a. vorst. § 1, Fn. 105.

²⁸³ Vgl. auch HUECK, 143; vgl. v.a. nachst. § 10, II 1.

²⁸⁴ Vgl. z.B. HUECK, 142, KLAUSS/MITTELBACH, 150, Anm. 247.

²⁸⁵ So auch U. HUBER, 254.

²⁸⁶ Sogar wenn sie überschliessend geleistet war, vgl. Art. 616 I OR, dazu nachst. § 6, IV.

²⁸⁷ So auch ausdrücklich WIELAND, 751.

²⁸⁸ S. 254 f.

²⁸⁹ Auch Abtretung, Verpfändung und Pfändung dieser Guthaben ist o.w. möglich, vgl. z.B. SCHILLING, Anm. 13 zu § 167 HGB, s.a. WIEDEMANN, 146, der in der entsprechenden

Gesellschafter, auch der Kommanditär, gemäss Art. 559 III OR, Einwendungen gegen ein unbegrenztes Äufnen des Kapitalanteils des Komplementärs erheben und damit eine Umwandlung in eine Buchforderung oder eine allfällige Auszahlung erzwingen kann.²⁹⁰ Ein solches Recht steht dem OHG-Gesellschafter und damit dem Kommanditisten gegenüber dem Komplementär gemäss § 120 HGB nicht zu. Die Benachteiligung ist also im deutschen Recht insofern etwas ausgeprägter, und die teilweise aufgekommene Kritik von daher gesehen auch eher verständlich.

Vorschrift von § 167 II HGB u. a. einen eigentlichen Schutz des Kommanditärs sieht. Zu den Vor- und Nachteilen der gesetzlichen Regelung für den Kommanditisten vgl. auch SCHILLING, Anm. 10 zu § 167 HGB. Zur dadurch indirekt bewirkten Schmälerung der übrigen «echten» Gesellschaftsgläubiger vgl. SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 6 zu § 167 HGB.

²⁹⁰ Vgl. den Gesetzestext, s. a. auch HARTMANN, N. 4 zu Art. 559 OR, VON STEIGER, 498 f.

§ 3 Anspruch auf Zinsen

I. Definition des Zinses

Unter Zins ist vorliegend eine als Entgelt für die Überlassung von Kapital abgegebene, regelmässige, prozentual berechnete Gegenleistung an den Gesellschafter zu verstehen – eine periodische Leistung also, die unabhängig vom Jahresergebnis der Gesellschaft geschuldet ist, insbesondere auch bei Verlust, d.h. trotz Verminderung des Kapitalanteils des betroffenen Gesellschafters im Vergleich zum Vorjahr.¹ Der Zins im hier verstandenen Sinn bedeutet somit eine echte Schuld der Gesellschaft² mit der Folge, dass die entsprechende Forderung, soweit verfallen, im allfälligen Konkurs der Gesellschaft als Forderung des Gesellschafters, hier des Kommanditärs, anmeldbar ist.³

Vom Begriff des Zinses im hier vertretenen und vom Gesetz auch für die KollG verwendeten Sinn ist zu unterscheiden der oftmals mit dem Zins obenhin gleichgesetzte, ebenfalls prozentuale, gesetzliche Anspruch des OHG-Gesellschafters, Komplementärs und Kommanditisten des deutschen Rechts auf die sogenannte Vordividende.⁴ Es handelt sich hierbei, wie in § 121 I HGB deutlich zum Ausdruck kommt, um einen Anspruch von 4%⁵ aus dem «Jahresgewinn», abhängig also vom Jahresergebnis, mithin gerade nicht um eine Schuld der Gesellschaft.⁶

Eine Anpassung an das deutsche Recht wurde im Rahmen der Revision des OR ausdrücklich abgelehnt, unter anderem auch mit dem Hinweis

¹ Vgl. Art. 558 II OR für die KollG.

² So deutlich noch Art. 556 III aOR, s.a. SIMON, 55, STIFFLER, 44.

³ Vgl. Art. 570 II OR.

⁴ Vgl. § 121 I. sowie § 168 I HGB. Teilweise wird in der deutschen Literatur trotzdem – zu Unrecht – der Terminus «Verzinsung» verwendet, vgl. z.B. U.HUBER, 265. Ausführlich zur Unterscheidung schon VON DER WEID, 6 ff. Zu Recht hält er fest (S.8), dass der Gewinn nach schweiz. Recht Folge der Tatsache darstellt, dass der Gesellschafter Mitglied der betreffenden Gesellschaft ist; dass für den Zinsanspruch hingegen diese Eigenschaft nicht genügt, sondern zusätzlich die Leistung einer Einlage Voraussetzung ist.

⁵ Seines Kapitalanteils. Zur Berechnungsgrundlage nach schweiz. Recht vgl. nachst. III.

⁶ Vgl. HARTMANN, N.13 zu Art. 558 OR; anders nach ADHGB Art. 161 I, vgl. SCHILLING, Anm. 4 zu § 168 HGB.

darauf, dass die entsprechende Vorschrift⁷ ja dispositiver Natur sei, und daher ein allfällig damit angestrebter Schutz der Gläubiger auf diesem Wege illusorisch bleiben müsse.⁸ Entsprechend wurde sogar das Recht zum *Bezug* von Zinsen⁹ – zumindest im Rahmen der KollG – unmissverständlich auf den Verlustfall ausgedehnt (Art. 560 I OR).¹⁰

II. Grundsätzlicher Zinsanspruch des Kommanditärs/ Rechtsgrundlagen

1. Gesellschaftsvertrag

Die Aufnahme einer den Zinsanspruch grundsätzlich sowie umfangmässig festhaltenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrag¹¹ ist üblich und – wegen der uneinheitlichen Lehrmeinungen betreffend den gesetzlichen Anspruch, besonders aber betreffend Art und Umfang der Auszahlung – auch unbedingt zu empfehlen. Falls vereinbart, ist selbstverständlich in der Regel ein echter Zins im Sinne der Definition unter Ziffer I vorstehend zu verstehen, d.h. eine Leistung der Gesellschaft, die unabhängig vom Jahresergebnis geschuldet ist.

2. Gesetz

Das Gesetz enthält im Rahmen der Regeln über die KG an sich keine Bestimmung betreffend Bestehen eines *grundsätzlichen Zinsanspruches* des Kommanditärs, weder im negativen noch im positiven Sinne.¹²

Von den Zinsansprüchen des Kommanditärs ist lediglich nebenbei die Rede. Einmal im (ominösen!) Absatz 3 von Art. 601 OR. Diese Vorschrift enthält nach überwiegender Ansicht der Autoren eine Begrenzung des *Bezugsrechts* auch im Hinblick auf die Zinsen. Nach hier vertretener Auffassung beinhaltet sie ausschliesslich eine Begrenzung des *Äufnungs-*

⁷ Art. 558/59 E I, inhaltlich entsprechend Art. 559 revOR.

⁸ Vgl. HUBER, Ber.I, 15/16, Botsch.1928/213.

⁹ Im Gegensatz zum Gewinn, vgl. dazu vorst. § 2, V 1.2.

¹⁰ Vgl. HUBER, a.a.O., 16, 28, ProtExpKomm 1931/2, Botsch.1928/213.

¹¹ Genügend wiederum, vgl. vorst. § 2, Fn.24, ein Gesellschafterbeschluss, so auch SIEGWART, N.28 zu Art. 610/12 OR.

¹² Gleiches gilt bereits für das aOR.

rechts durch stehengelassene Zinsbetroffnisse auf Kapitalkonto.¹³ So oder anders – darüber besteht wohl Einigkeit – trägt die Bestimmung nichts zur Frage des grundsätzlichen Zinsanspruchs bei.

Von den Zinsen ist weiter im Zusammenhang mit der Haftung¹⁴ in Art. 611 I und II OR und schliesslich in Art. 613 OR betreffend Umfang des Zugriffs der Privatgläubiger die Rede. Auffallen kann vom Wortlaut her höchstens soviel, dass immer von «Zinsen und Gewinn» ohne weitere Einschränkung, hingegen von «*allfälligen Honoraren*»¹⁵ die Rede ist. Dies dürfte bereits als ein gewisser Hinweis darauf gedeutet werden, dass Zins und Gewinn, d.h. beide Ansprüche *grundsätzlich* geschuldet seien, Honorar hingegen nur, sofern speziell vereinbart.¹⁶ Im übrigen wird aufgrund des Wortlauts samt Marginale von Art. 611 OR¹⁷ höchstens die volle «*Auszahlungsmöglichkeit*»¹⁸ beschränkt,¹⁹ keinesfalls aber ein grundsätzlicher Zinsanspruch verneint.²⁰ Anlass zur häufig anzutreffenden mangelhaften Unterscheidung dieser beiden (im vorliegenden Zusammenhang unbedingt voneinander zu trennenden) Tatbestände scheint der, auch von den Kommentatoren und Gerichten verwendete, etwas unpräzise und mehrdeutige Begriff der «Verzinsung» zu sein. Dieser enthält im landläufigen Gebrauch in der Tat nebst dem Anspruch an sich zumindest auch den Anspruch auf Auszahlung.²¹

¹³ Vgl. vorst. § 2, V 1.3.1 und 2, nachst. IV 1.3 und 2.

¹⁴ Gemäss Systematik des revOR; zur internrechtlichen Bedeutung für das Bezugsrecht vgl. nachst. IV 1.3 sowie vorst. § 2, V 1.3.2.

¹⁵ Soweit überhaupt erwähnt, nämlich in Art. 601 III und Art. 613 II OR.

¹⁶ Vgl. auch Art. 558 III OR sowie nachst. § 4, I und II.

¹⁷ Zur genauen Interpretation vgl. nachst. IV 1.3, vorst. § 2, V 1.3.2.

¹⁸ I.S. der umfassenderen *Bezugsmöglichkeit*, vgl. nachst. IV 1.1, vorst. § 2, V 1.

¹⁹ Vgl. vorst. § 2, V 1.1.

²⁰ Dito E I Art. 615 II, E II Art. 628 II, E III Art. 611 II; der im revOR Art. 611 I fallengelassene Zusatz «*auch wenn sie [die Zinsen] durch Vertrag besonders ausbedungen sind*» aus E I Art. 615 I, E II Art. 628 I und E III Art. 611 I (vgl. noch nachst. unter IV 1.3 im Wortlaut) wollte m.E. nur betonen, dass die freie *Bezugsmöglichkeit* sogar dann, wenn Zinsen vertraglich (d.h. abweichend vom Gesetz, z.B. höher als 4%) vereinbart waren, nicht automatisch gegeben sei. Allenfalls habe der Zusatz, wie SIEGWART, N.28 zu Art. 610/12 OR meint, Bezug auf die Haftung. So oder anders aber nicht auf das Bestehen eines grundsätzlichen Zinsanspruches. Unzutreffend daher m.E. Botsch.1928/223. Vgl. in diesem Zusammenhang die Formulierung von Art. 611 I durch die StRKomm (Zitiert vorst. § 2, Fn.167), welche den Anspruch von der Auszahlung noch deutlich unterschied, indem sie nur die Auszahlung der – aufgrund des Anspruchs – dem «Kapitalanteil zugeschriebenen» Zinsen von gewissen Bedingungen abhängig machen wollte.

²¹ Vgl. DUDEN, Bd.10, Bedeutungswörterbuch, 739: «*verzinsen: Zinsen in bestimmter Höhe (für etwas) zahlen...*», überwiegend i.S. von Zinsanspruch; VON STEIGER, 495 f., 620; insbes. «feste Verzinsung» nur i.S. von Auszahlung; HARTMANN, N.16 zu Art. 601 OR;

Somit ist festzustellen, dass das Gesetz weder im positiven noch im negativen Sinne eine Vorschrift betreffend den grundsätzlichen Bestand eines Zinsanspruches des Kommanditärs enthält.²² Somit darf und muss angesichts von Art. 598 II OR die Lösung dem Rechte der KollG entnommen werden,²³ wo der Gesellschafter kraft Art. 558 II OR einen klaren, echten Zinsanspruch hat, welcher umfangmässig, mangels anderweitiger vertraglicher Abrede, 4% des Kapitalanteils beträgt.²⁴ Diese Lösung entspricht übrigens auch der Tendenz der Revision, die Stellung des Kommanditärs zu stärken.²⁵

Ein einleuchtender Grund für eine Andersbehandlung des Kommanditärs gegenüber dem Kollektivgesellschafter und damit dem Komplementär, welcher nach einhelliger Auffassung trotz der auch an dieser Stelle nicht ganz geglückten Revision aufgrund von Art. 558 II OR nach wie vor einen grundsätzlichen gesetzlichen Anspruch auf einen Zins hat,²⁶ wäre übrigens nicht zu ersehen. Beide sind Gesellschafter, beide sollen einander grundsätzlich gleichgestellt sein.²⁷ Jeder Gesellschafter hat berechtigtermassen einen Anspruch auf Verzinsung²⁸ des von seiner Seite in die Gesellschaft investierten Kapitals. Die ab und zu anzutreffende Begründung, dass der Kollektivgesellschafter oder eben auch der Komple-

ohne klare Unterscheidung von Anspruch und Auszahlung SIEGWART, N.5 zu Art. 601, N.28 zu Art. 610/12 OR.

²² Zum gesetzlichen Zinsanspruch während der Liquidationszeit, die aufgrund von Art. 619 I i. V. mit Art. 588 I OR auch für den Kommanditär gilt und damit zumindest ein Indiz für den gesetzlichen Zinsanspruch auch während der Dauer der Gesellschaft bildet, vgl. nachst. § 5, II 2.

²³ So auch HARTMANN, N.16 zu Art. 601, N.18 zu Art. 610, N.2 zu Art. 611 OR, FUNK, N.3 zu Art. 601 OR, VON STEIGER, 620, HIRSCH, 163, echter Zinsanspruch, auch in Verlustjahren geschuldet – ders. S.170/1. Bejahung des grundsätzlichen Zinsanspruches auch bei Folliet, 85, 87, 90; im gleichen Sinne deutlich FICK, N.5 zu Art. 596 aOR (entspr. Art. 601 revOR), STIFFLER, 44.

²⁴ Gleich gemäss aOR Art. 556 II; im Verlaufe der Revision wurde bezüglich der KollG eine Erhöhung auf 5% erwogen, aber schliesslich, v.a. wegen des gewählten Systems der Gutschrift von Zinsen ohne Rücksicht auf ausreichenden Gewinn wieder fallengelassen, vgl. HOFFMANN, Ber.II, 15, StenBullStR 1931/154, StenBullNR 1934/231, StenBullStR 1935/79. Die Begründung der nur 4% mit dem ebenfalls möglichen Honoraranspruch – vgl. ProtExpKomm, 31 – ist m. E. nicht schlüssig, da letzterer dem Gesellschafter nur auf vertraglicher Basis, nicht von Gesetzes wegen zusteht.

²⁵ Vgl. StenBullStR 1931/162, StenBullNR 1934/236.

²⁶ Vgl. klar aOR Art. 556 II OR «Dürfen» in Art. 558 II OR bezieht sich auf die möglicherweise naheliegenden Verluste; «gemäss Vertrag» auf die Höhe des Zinsfusses, so SIEGWART, N.21a zu Art. 558/60 OR, s.a. HARTMANN, N.13 zu Art. 558 OR, so auch VON STEIGER, 496, jedoch weniger eindeutig.

²⁷ Vgl. z.B. auch StenBullStR 1931/166.

²⁸ I.S. des Zinsanspruches, unabhängig vom Bezug.

mentär meist sein ganzes Vermögen samt Arbeitskraft in die Unternehmung einbringe bzw. eingebracht habe und daher auf eine Verzinsung nur schon darum angewiesen sei, um überhaupt leben zu können,²⁹ steht schon insofern auf schwachen Füßen, als durchaus auch der Kommanditär der – auch im Verhältnis zu seinen Eigenmitteln – massiver Investierende sein kann. Gewisse Autoren vertreten gar die Ansicht, welche hier allerdings nicht voll geteilt wird, dass er überwiegend bis ausschliesslich Kapitalgeberfunktion habe.³⁰ Jedenfalls darf und kann es nicht von derartigen Zufälligkeiten abhängen, ob der *Zinsanspruch* grundsätzlich gegeben ist oder nicht, abgesehen davon, dass das *Zinsbetreffnis* bei einem niedrigen Kapitalanteil gering ist und damit von der Gesellschaft umso eher verkräftet werden kann. Zinsen sind³¹ immer nur der Gegenwert für eine vom Gesellschafter, hier dem Kommanditär, der Gesellschaft zuvor zugewendete bzw. stehengelassene vermögenswerte Leistung.³² Sollte die Gesellschaft die entsprechenden Mittel – seien sie nun hoch oder niedrig – von Dritten beschaffen, müsste sie eine entsprechende Zinspflicht ebenfalls und in aller Selbstverständlichkeit gewärtigen.³³ Im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung für den Kommanditär³⁴ unterläge diesfalls nicht einmal der «Bezug», d.h. die Auszahlung einer Beschränkung.

²⁹ Vgl. z.B. HUBER, Ber.I, 28 f., ProtExpKomm, 31, SIEGWART, N.21 zu Art. 558/60 OR. Sofern sich das Argument auf die Verzinsung i.S. der Zinsauszahlung bezieht, ist ihm eine gewisse Berechtigung schon eher zuzugeben; so z.B. deutlich FICK, Handelsgesellschaften, 27: der Komplementär habe ein «besseres Recht zum Zinsenbezug». Vgl. auch nachst. IV 1.3.

³⁰ Vgl. z.B. SIMON, 14, PATRY, Précis, 329, 332, s.a. SCHAUB, 16, Kommanditär gar als «Kapitalist reinster Prägung» bei MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, 313 f.; «Kapitalist» auch bei STIEHLER, 28, 45, s.a. LEHMANN/DIETZ, 192, 207, WIEDEMANN, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, 1037, vgl. auch StenBullNR 1934/236. Dagegen VON ARX, 18, BISCHOFF, 67, 108, sehr dagegen CHRIST, 42 f., der sich ganz grundsätzlich gegen eine typische Interessen- und Beteiligungslage des Kommanditars stellt, vgl. S.44. Die von ihm gezogene Konsequenz, dass entsprechend das Kontrollrecht intern völlig frei geregelt werden dürfe, wird hingegen von anderen Autoren kritisch beurteilt, vgl. z.B. ZELLWEGER, 170.

³¹ Vgl. auch die Definition in I vorst.

³² Vgl. auch FURRER, 248, VON DER WEID, 8.

³³ In diesem Sinne auch FURRER, a.a.O., VON DER WEID, 8, 16. Für eine Befürwortung der grundsätzlichen Zinspflicht aus wirtschaftlichen (und sozialen) Gründen bei der KollG, SIEGWART, N.21 zu Art. 558/60 OR.

³⁴ Vgl. nachst. IV 1.3.

Allerdings wird zum Teil mit einem gewissen Recht kritisiert, dass ein grundsätzlicher Zinsanspruch,³⁵ abhängig vom Kapitalanteil, zu Ungerechtigkeiten gegenüber dem nur Arbeit leistenden (zu ergänzen: und vom Verlust nicht befreiten) Gesellschafter führt,³⁶ da die Belastung des Gesellschaftsvermögens (via Aufwand) mit den Zinsansprüchen in schlechten Geschäftsjahren – unabhängig von der Auszahlung³⁷ – Verluste bewirken oder vergrössern kann, welche die nur Arbeit beitragenden Gesellschafter bei der endgültigen Auseinandersetzung in der Regel mitzutragen haben.³⁸ Diese zugegebenermassen unter Umständen unbefriedigende, benachteiligende Regelung³⁹ soll jedoch nicht noch auf einen Kommanditär, der eine Einlage geleistet *hat*, ausgedehnt werden dürfen. Weder seine (zwingend) beschränkte Haftung im Aussenverhältnis, noch seine (dispositiv) beschränkte Verlusttragungspflicht im Innenverhältnis vermöchten eine solche Lösung zu rechtfertigen. Die Beschränkung der (definitiven) Verlusttragungspflicht wird übrigens durch die Beschränkung seines Rechts, den Kapitalanteil zu äufnen, kompensiert.⁴⁰ Es besteht demnach, auch wenn ihm ein grundsätzlicher Zinsanspruch zugestanden wird, zumindest von Gesetzes wegen keine Gefahr einer übermässigen finanziellen Erstarkung des Kommanditärs im Innenverhältnis.

Aus den Materialien⁴¹ geht klar hervor, dass eine Andersbehandlung des Kommanditärs gegenüber dem Komplementär nicht in Bezug auf den

³⁵ Auch wenn nur der *Zinsanspruch* entsteht, das Betreffnis selbst nicht ausbezahlt sondern nur dem Kapitalkonto zugeschrieben werden darf.

³⁶ Vgl. z.B. VON STEIGER, 496, s.a. SIEGWART, N.21 zu Art. 558/60 OR, HARTMANN, N.14 zu Art. 558 OR, allerdings alle drei mit der Tendenz zur Verwischung des Unterschieds zwischen Gutschrift des (grundsätzlichen) Anspruchs und Auszahlung des Zinsbetrreffnisses; zutreffend WIELAND, 550, HUECK, 107.

³⁷ Dies wird meist übersehen, vgl. § 11, VIII 4.2.1.

³⁸ Dies allerdings gilt nur in beschränktem Umfang zulasten des Kommanditärs im Regelfall, da der ihn treffende Verlust bei der definitiven Auseinandersetzung auf den Umfang der vereinbarten Einlage beschränkt ist und er insbesondere keinen Ausgleich seines negativen Kapitalanteils zu leisten hat, abweichende Vereinbarung vorbehalten. Vgl. auch nachst. § 10, II 1.

³⁹ Für die im Gesellschaftsvertrag Abhilfe geschaffen werden muss. Gemäss HARTMANN, N.14 zu Art. 558 OR, durch erhöhte oder abgestufte Honorare, Garantie von Gewinnanteilen.

⁴⁰ Art. 601 III OR, dazu nachst. IV 2 sowie vorst. § 2, V 2.

⁴¹ Vgl. HUBER, Ber.I, 26, 28, HOFFMANN, Ber.II, 24, ProtExpKomm, 137, StenBullStR 1931/165.

grundsätzlichen *Zinsanspruch*, sondern hinsichtlich *Bezug* der Zinsen gemeint war.⁴²

SIEGWART bejaht einen gesetzlichen Zinsanspruch des Kommanditärs mit der Einschränkung, dass das Jahresergebnis eine «Verzinsung» gestatten müsse.⁴³ Für einen derartigen, unechten Zinsanspruch ähnlich dem deutschen Recht⁴⁴ bietet indes das schweizerische OR m.E. keinen Anhaltspunkt. Der Tatsache, dass der Zinsanspruch auch in Verlustjahren entsteht, sollte der niedrige Satz von 4% Rechnung tragen.⁴⁵ Meines Erachtens vermischt SIEGWART die *grundsätzliche Berechtigung* auf Guthrift von Zinsen mit dem *Anspruch auf Bezug* derselben, und weiterhin die Begrenzung des Bezugsrechts im Innenverhältnis⁴⁶ mit der Regelung der Haftung im Aussenverhältnis.⁴⁷ Beispielsweise verneint Art. 611 I OR, wörtlich genommen, entgegen SIEGWART,⁴⁸ nicht den «Anspruch» auf Zinsen, sondern den «Anspruch auf Auszahlung»⁴⁹ der Zinsen. Dieser letztere Anspruch allerdings steht in Abhängigkeit zum Geschäftsergebnis, wie noch näher auszuführen sein wird.

Vollständig verneint wird der grundsätzliche Zinsanspruch von GUHL/MERZ/KUMMER.⁵⁰ Dieser Ansicht und insbesondere der zugehörigen Begründung kann jedoch keinesfalls gefolgt werden. Diese Autoren verneinen nicht nur den Zinsanspruch an sich, sondern befürworten darüber

⁴² Vgl. ausführlich nachst. IV 1.3. So schon deutlich STIFFLER, 62. – kritisch auch hiezu FURRER, 249. Nur den Bezug hat auch das in vieler Hinsicht ausgezeichnete Urteil in BGE 45 II 537 f. im Auge (vgl. allerdings den Ausdruck «Gewinnbeteiligung» auf S.537 unten, auch hier sollte korrekterweise vom *Gewinnbezug* die Rede sein).

⁴³ Vgl. SIEGWART, N.6 zu Art. 598, N.28 zu Art. 610/12 OR, entsprechend, m.E. ebenfalls unzutreffend JOB, 47, der die Zinsansprüche unter die «Ansprüche aus dem Jahresergebnis» einreicht, für Nichtigkeit eines vom Reingewinn unabhängigen internen Zinsversprechens KAUFMANN, 65.

⁴⁴ Vgl. vorst. I.

⁴⁵ Vgl. vorst. Fn.24, s.a. HARTMANN, N.13 zu Art. 558 OR.

⁴⁶ Dazu nachst. IV 1.3; offenbar unterliegt SIEGWART ebenfalls der latenten Doppelbedeutung des Begriffes der «Verzinsung», vgl. vorst., Fn.21; klar unterscheidend HARTMANN, N.16 zu Art. 601 OR, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.31.

⁴⁷ Vgl. SIEGWART, N.5 zu Art. 601, N.28 zu Art. 610/12 OR, s.a. nachst. IV 1.3.

⁴⁸ N.28 zu Art. 610/12 OR.

⁴⁹ Zur Unvollständigkeit dieses Ausdrucks, welcher den Bezug (vgl. Marginale von Art. 611 OR) meint, inkl. ein Stehenlassen im Geschäft als Darlehen, auf Separatkonto also, vgl. vorst. § 2, V 1.1.

⁵⁰ Vgl. 7.A., 595 f., praktisch gleich 6.A. 556, s.a. GUHL, Jurist. Karte Nr.758, S.3. Darauf abgestützt offenbar MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.31, unter Hinweis auf die «herrschende Meinung». Ausser GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O., ist indes keine weitere, vollständig ablehnende Stimme zu ersehen. Auch von STEIGER, 620, N.33, erwähnt nur GUHL/MERZ/KUMMER (6.A., a.a.O.) als den *einzigsten*, einen gesetzlichen Zinsanspruch verneinenden Autor. Nicht ganz klar PATRY, Précis, 345.

hinaus ausdrücklich eine Einschränkung der Vertragsfreiheit der die KG bildenden Gesellschafter betreffend Regelung der finanziellen Ansprüche des Kommanditärs, «weil auch die Gesellschaftsgläubiger an der Erhaltung der Kommanditeinlage⁵¹ wie überhaupt des Gesellschaftsvermögens interessiert sind und Schutz verdienen»! Es wird also versucht, aus der externen Haftungsregelung in Art. 611 OR⁵² eine zwingende⁵³ (interne!) Bezugsbeschränkung, d.h. ein zwingendes Verbot des Bezugs von Zinsen in oder nach Verlustjahren⁵⁴ und hieraus offenbar sogar eine grundsätzliche Ablehnung eines gesetzlichen *Zinsanspruchs* des Kommanditärs abzuleiten.

Die Gesellschaftsgläubiger aber haben bei den Interna der Personengesellschaft, und darum geht es sowohl bei der Frage des grundsätzlichen Zinsanspruchs als auch der Begrenzung der Bezugsmöglichkeiten desselben, nichts zu suchen. Was den Kommanditär insbesondere anbetrifft, sind sie durch die seine Haftung regelnden Bestimmungen, insbesondere durch das Wiederaufleben der Haftung bei in oder nach Verlustjahren bezogenen⁵⁵ – ausbezahlten oder auf Separatkonto gutgeschriebenen – Zinsen (und Gewinnen) ausreichend, jedenfalls abschliessend (betreibungsrechtlich anfechtbare Handlungen vorbehalten) geschützt.⁵⁶

Aus dem gleichen Grunde vermag der Vergleich mit anderen Gesellschaftsformen, insbesondere mit der AG und der GmbH, die ein sogenanntes «Verzinsungsverbot» der Einlagen⁵⁷ kennen, nicht durchzuschlagen. In beiden Fällen handelt es sich – im Gegensatz zur KG – um eigentliche Kapitalgesellschaften, bei denen die Erhaltung des Grundkapi-

⁵¹ 6.A.: «Kommandite».

⁵² Einer Teilbedeutung dieser Vorschrift, vgl. vorst. § 2, V 1.3.2, nachst. IV 1.3.

⁵³ So offenbar auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.31; die zur Begründung angeführten Überlegungen sind von Gewicht, gelten aber nur für das Aussenverhältnis, vgl. nachst. § 11, VIII 4.2; anders diesbezüglich, d.h. höchstens subsidiäre und dispositive Geltung der Bezugsbeschränkung die überwiegende Meinung, vgl. z.B. SIEGWART, N.29 zu Art. 610/12 OR, VON STEIGER, 623 f., HIRSCH, 167.

⁵⁴ Unter anteilmässiger Verminderung des Kapitalanteils, dazu ausführlich nachst. § 9, I und II. Ausdrücklich dagegen SIEGWART, (vgl. teilweise bereits vorst. Fn.53) sowie N.28, 28a, 31 zu Art. 610/12 OR. Entsprechend bejaht er die Möglichkeit eines vertraglichen, sogenannt «festen Zinsanspruchs» uneingeschränkt, also auch in Verlustjahren, vgl. N.5 zu Art. 601, N.28 zu Art. 610/12 OR.

⁵⁵ Vgl. auch hiezu die Präzisierung in Fn.54 vorst.

⁵⁶ Vgl. Art. 611 I OR, dazu ausführlich nachst. § 11, VIII 4.2.

⁵⁷ Vgl. Art. 675 I bzw. Art. 804 II OR.

tals – dies das Ziel des Verbotes – eine zentrale Rolle spielt;⁵⁸ bei der AG zufolge der gänzlich wegfallenden, bei der GmbH zufolge der nur sehr schwach ausgebildeten persönlichen Haftung der Gesellschafter.

Dieser Grundsatz der Erhaltung des Grundkapitals im Sinne einer Garantiesumme zugunsten der Gläubiger hat, wie bereits mehrfach erwähnt, im Rechte der Personengesellschaft und insbesondere auch in der KG bezüglich Kommanditär keinen Platz. Die Kompensation besteht für die Gläubiger in der – die in oder nach allfälligen Verlustjahren⁵⁹ bezogenen Zinsen und Gewinne umfassenden, im übrigen allerdings summenmässig beschränkten – persönlichen Haftung der Kommanditäre. Die derart, nämlich im Interesse der Gläubiger, ausgedehnte «beschränkte» Haftung des Kommanditärs, darf m.E. keinesfalls zum Anlass genommen werden, ihm den grundsätzlichen Anspruch auf eine Verzinsung seines Kapitalanteils⁶⁰ zu versagen. Näher zu prüfen bleibt die Frage der Bezugsmöglichkeit.⁶¹

Der grundsätzliche gesetzliche Zinsanspruch des Kommanditärs im Sinne einer Gesellschaftsschuld ist daher ohne jegliche Einschränkung zu bejahen. Er beträgt in Übereinstimmung mit Art. 558 II OR 4%.⁶²

⁵⁸ Vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, § 1, N.26 f., § 29, N.23 f., s.a. § 35, N.10; VON GREYERZ, 68/69; WOHLIMANN, 386, inkl. N.7, wobei hier allerdings korrigierend zu bemerken ist, dass bei den Personengesellschaften aufgrund des von WOHLIMANN selbst zitierten Art. 558 II OR ein Zins nicht nur vereinbart werden *darf*, sondern, zumindest bei der KollG und KG, den Gesellschaftern sogar (gemäss einhelliger Meinung trotz des durch die Revision ebenfalls verschlimmbesserten Wortlauts von Art. 558 II OR) von Gesetzes wegen zusteht, vgl. SIEGWART, N.21a zu Art. 558/60 OR, HARTMANN, N.13 zu Art. 558 OR, HIRSCH, 166, 169/70; s.a. vorst. bei Fn.26.

⁵⁹ Zur Präzisierung vgl. Fn.54 vorst.

⁶⁰ Vgl. nachst. III.

⁶¹ Dazu nachst. IV 1.3.

⁶² Vgl. dazu den Formulierungsvorschlag de lege ferenda (Art. 601a), nachst. im Schlusswort, zwecks Verdeutlichung der rechtlichen Situation des Kommanditärs.

III. Berechnungsgrundlage

Berechnungsgrundlage für den *Zinsanspruch* sowohl des Komplementärs als auch des Kommanditärs ist gemäss Art. 558 II in Verbindung mit Art. 598 II OR der Kapitalanteil,⁶³ nicht etwa die vereinbarte oder ursprünglich geleistete Einlage.⁶⁴ Eine intern abweichende Vereinbarung ist aber selbstverständlich möglich.⁶⁵

Massgebend ist diejenige Höhe des Kapitalanteils, die aus der Eröffnungsbilanz des betreffenden Geschäftsjahres ersichtlich ist.⁶⁶ Es soll das tatsächlich der Gesellschaft von den Gesellschaftern (anstelle von Dritten) das Geschäftsjahr hindurch zur Verfügung stehende Kapital verzinst werden. Bei negativem Kapitalanteil⁶⁷ entsteht entsprechend kein Zinsanspruch,⁶⁸ aber auch keine Zinsbelastung, kein Negativzins für den betreffenden Gesellschafter,⁶⁹ denn dies käme einer unzulässigen Nachschusspflicht gleich.⁷⁰ Im übrigen stellt der negative Kapitalanteil keine Verbindlichkeit des Gesellschafters dar, ebensowenig wie der positive eine Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter beinhaltet.⁷¹ Wurden während des Jahres Ein- oder Rückzahlungen getätigt, so sind sie pro rata temporis zu berücksichtigen.⁷² Es ist diesfalls eine Zinsstaffelrechnung durchzuführen.

Die erwähnte Berechnungsweise gilt auch in Verlustjahren. Das heisst, auch wenn das laufende Jahr mit einem Verlust abschliesst, ist der unverminderte oder zumindest höhere Stand des Kapitalanteils am Anfang des betreffenden Geschäftsjahres (gemäss Eröffnungsbilanz) bzw. am Ende

⁶³ Vgl. auch HARTMANN, N.13 und N.14 zu Art. 558 OR, ausdrücklich auch für Kommanditär: N.16 zu 601 OR. – Gleich für die Vorzugsdividende des deutschen Rechts, vgl. § 121 I HGB.

⁶⁴ Vgl. z.B. StenBullNR 1934/231, VON STEIGER, 496.

⁶⁵ Vgl. z.B. die Rechenbeispiele bei HIRSCH, 171/2, bei denen er den Zins immer vom ursprünglichen «apport» berechnet, d.h. offenbar gemäss Gesellschaftsvertrag (S.170) von der vereinbarten Einlage, die zugleich voll geleistet ist.

⁶⁶ Vgl. SIEGWART, N.11 zu Art. 558/60 OR, ProtExpKomm, 31, für die Frage der Bezugsmöglichkeit hingegen der Stand am Ende des Geschäftsjahres, so ausdrücklich BGE 45 II 539 f.

⁶⁷ Dazu nachst. § 9, V 2.

⁶⁸ Unzutreffend JOB, 47; wie hier U.HUBER, 265 (zum m.E. irrtümlich verwendeten Ausdruck «Verzinsung», vgl. Fn.4 vorst.), s.a. VON DER WEID, 8, 18 f.

⁶⁹ Vgl. SIEGWART, N.22 zu Art. 558/60 OR.

⁷⁰ Vgl. vorst. § 1, vor I, s.a. SIEGWART, N.21 zu Art. 610/12 OR.

⁷¹ Vgl. vorst. § 1, III 3, nachst. § 9, V 2.; s.a. U.HUBER, 265.

⁷² Vgl. SIEGWART, N.11 zu Art. 558/60 OR, HARTMANN, N.14 zu Art. 558 OR, WIELAND, 551, Anm. 10.

des abgeschlossenen Vorjahres für die Zinsberechnung massgebend. Der Zins soll ja definitionsgemäss eine echte Gesellschaftsschuld, d.h. *unabhängig vom Jahresergebnis* geschuldet sein. Erst die Einsetzung des geschuldeten Zinsbetrages als Aufwand lässt also die Berechnung des Gewinns bzw. Verlustes überhaupt zu.⁷³ Deutlich ergibt sich das Ausgeführte aus Art. 558 II OR, wonach jedem Gesellschafter für seinen Kapitalanteil (d.h. eben für seinen Anteil am Kapital, eingesetzt in der Bilanz auf der passiven Seite⁷⁴) Zinse gutgeschrieben werden dürfen:

«auch wenn durch den Verlust des Geschäftsjahres der Kapitalanteil vermindert ist.»⁷⁵

Dieser Zusatz war im Rahmen der Beratungen der Expertenkommission auf Anraten von Ostertag gerade deshalb eingefügt worden, um zu betonen, dass der *Eingangskapitalanteil* und nicht der Stand am Ende des Verlustjahres für die Zinsberechnung massgebend sein sollte.⁷⁶

Zu Missverständnissen Anlass hingegen gibt der Wortlaut von Art. 560 I OR:

«Ist der Kapitalanteil durch Verluste vermindert worden, so behält der Gesellschafter seinen Anspruch auf Ausrichtung ... *der vom verminderten Kapitalanteil zu berechnenden Zinse* ... »⁷⁷

Vor allem HARTMANN⁷⁸ scheint davon auszugehen, dass der Zins in Verlustjahren von einem gegenüber Gewinnjahren verschieden zu errechnenden, eben verminderten Kapitalanteil, zu *berechnen* ist. Prima vista wäre eine entsprechende Lösung allenfalls vertretbar und sogar auch einleuchtend. Jedoch führt eine Berechnung – zumindest aufgrund der sonstigen gesetzlichen Vorgaben – zu einer Endlosrechnung. Verlust und Zinsanspruch würden sich ständig gegenseitig bedingen.

⁷³ Vgl. hiezu auch VON DER WEID, 7.

⁷⁴ Gemäss E III Art. 558 II noch deutlicher: «nach *Höhe* seines Kapitalanteils», folglich keinesfalls die Kommanditsumme i.S. der Haftsumme, vgl. vorst. § 1, II, entgegen GUHL/MERZ/KUMMER, 596, sowie BGE 45 II 533.

⁷⁵ In diesem Sinn bereits E III Art. 558 II.

⁷⁶ Vgl. ProtExpKomm, 31, s.a. StenBullStR 1931/154.

⁷⁷ Hervorhebung durch die Verf.

⁷⁸ Vgl. N.14 zu Art. 558, N.2 (2. Abs.) zu Art. 560, N.16 zu Art. 601 OR – vgl. aber demgegenüber N.13 zu Art. 558, N.2 (1. Abs.) zu Art. 560 OR.

Der Zins ist eben nach geltendem Gesetz Gesellschaftsschuld und daher bedingungslos und in jedem Falle *vor* der Saldoziehung in der Bilanz einzusetzen.⁷⁹ Art. 560 I OR ist zwar irreführend. Er hat jedoch bei genauer Betrachtung nicht die *Berechnung* des Zinsanspruchs zum Gegenstand, sondern den *Bezug* der Zinsen und vor allem der Gewinne. Hinsichtlich der Zinsen will er betonen, dass die Bezugsmöglichkeit trotz Verminderungen des Kapitalanteils zufolge von Verlusten fort dauert,⁸⁰ dass folglich der Kollektivgesellschafter und damit der Komplementär von Gesetzes wegen keiner Beschränkung des Bezugsrechts betreffend Zinsen unterliege.⁸¹ Da Art. 560 I OR somit, soweit er *Bezugsbeschränkungen* enthält, auf die Begrenzung des *Gewinnbezugsrechts* ausgerichtet ist, spricht er – zu Recht – nur von Kapitalanteilen, die durch Verluste vermindert *worden* sind, d.h. von Verlusten aus dem oder den *Vorjahren*.⁸² Er übersieht bzw. übergeht also die nur beim Zins denkbare weitere Möglichkeit einer Bezugsbeschränkung zufolge von Geschäftsverlusten des laufenden Jahres, welche entweder an sich den Kapitalanteil bereits vermindern oder bei deren Vorliegen ein Bezug von Zinsen zu einer Verminderung des Kapitalanteils führen würde.⁸³ Mit anderen Worten betrifft Art. 560 I OR den Fall, dass im laufenden Jahre Geschäftsverluste erlitten wurden,⁸⁴ überhaupt nicht. Insofern aber Art. 560 I OR den Bezug in dem oder den solchen Verlustjahren *folgenden* Geschäftsjahren behandelt, sagt er eine Selbstverständlichkeit aus. Denn dass der Kapitalanteil am Ende des alten bzw. Anfang des neuen Geschäftsjahres – falls sich Verluste ergeben hatten, der durch Verluste allenfalls verminderte⁸⁵ Kapitalanteil⁸⁶ – für die Zinsberechnung dieses neu begonnenen Jahres massgebend ist, bedarf aufgrund von Art. 558 II OR eigentlich keiner besonderen Erwähnung. Besser wäre daher die verwirrende Wiederholung in Art. 560 I OR ganz

⁷⁹ Vgl. SIEGWART, N.22 zu Art. 558/60 OR.

⁸⁰ Vgl. HUBER, Ber.I, 16.

⁸¹ Dazu noch nachst. IV 1.2.

⁸² Bei Verlusten des laufenden Jahres entfallen *Gewinnbezugsprobleme* a priori.

⁸³ Zu diesem letzteren, spezifischen Fall der Intakthaltungspflicht betreffend Zinsen vgl. nachst. IV 1.3.

⁸⁴ Die der Gesellschafter/Kommanditär mitzutragen hat; im Falle der vollständigen Befreiung von der Verlusttragung kommt die abgehandelte Problematik überhaupt nicht zum Tragen, vgl. nachst. § 9, IV 1.

⁸⁵ Vgl. vorst. Fn.84.

⁸⁶ Abweichend wiederum HIRSCH, der die ergangenen Verluste überhaupt nicht berücksichtigt, sondern durchgehend von einem Zinsanspruch auf der ursprünglich geleisteten Einlage ausgeht – vgl. S.171, Beispiel a, 2. Geschäftsjahr, Fall 1 und 2. Vgl. dazu Fn.65 vorst.

unterblieben. Bezeichnenderweise findet sich denn auch im Entwurf I von HUBER nichts Entsprechendes.⁸⁷

Zusammengefasst ist der genaue Umfang des Zinsanspruches immer, auch bei Verlusten des laufenden Geschäftsjahres, vom Stand des Kapitalanteils am Anfang des betreffenden Jahres zu berechnen.⁸⁸

IV. Verwirklichung des Zinsanspruches

1. Bezug der Zinsen

1.1 Allgemeines/Gesellschaftsvertrag

Wie beim Gewinn ist auch beim Zins zu unterscheiden zwischen dem *Anspruch* auf den Zins an sich und der Möglichkeit seiner *Verwirklichung*, z.B. also durch Bezug zu Lasten des Kapitalanteils des Gesellschafters bzw. durch Verbuchung auf Separatkonto.⁸⁹

Der Regelung durch Gesellschaftsvertrag sind, da es sich um gesellschaftsrechtliche Interna handelt, keine Grenzen gesetzt. Häufig wird insbesondere mit dem Kommanditär eine sogenannte fixe Verzinsung im Sinne eines unbegrenzten Bezugsrechts vereinbart⁹⁰ – oft anstelle einer Vereinbarung betreffend Gewinn und Verlust oder von Salär.⁹¹ Art. 611 I OR steht dem nicht entgegen, bedeutet er doch nur, dass eine freie Bezugsmöglichkeit ausdrücklich verabredet sein muss. Zwingende Wirkung kann von dieser, wie dargelegt insoweit internrechtlichen,⁹² Bestim-

⁸⁷ Vgl. E I Art. 562 I; vgl. demgegenüber bereits E II Art. 574 I und E III Art. 560 I: «Ist das Einlagekapital [E II Kapitalanteil] eines Gesellschafters durch Verluste vermindert worden ...».

⁸⁸ Vgl. Rechenbeispiele nachst. IV 1.3; s. a. den Formulierungsvorschlag (Art. 601a), nachst. im Schlusswort.

⁸⁹ Vgl. vorst. § 2, V 1.

⁹⁰ Dies die Hauptbedeutung des Ausdrucks; vgl. dazu vorst. II.

⁹¹ S.a. HARTMANN, N.16 zu Art. 601 OR. Der oft in diesem Zusammenhang erwähnte Reservefonds – vgl. auch HARTMANN, N.5 zu Art. 611 OR, SIEGWART, N.5 zu Art. 601, N.28 zu Art. 610/12 OR – hat seine Bedeutung v.a. im Zusammenspiel mit der Haftung, kann aber auch die interne Verpflichtung zum Stehenlassen von Zinsen und Gewinn (Bezugsbeschränkungen) ersetzen (vgl. dazu nachst. IV 1.3). Zur Schaffung eines solchen Fonds bedarf es der Zustimmung aller Gesellschafter, vgl. HARTMANN, N.5 zu Art. 558 OR.

⁹² Vgl. zur Entstehungsgeschichte vorst. § 2, V 1.3.2. Vgl. insbes. den Wortlaut der Entwürfe: E I Art. 615 I, E II Art. 628 I, E III Art. 611 I.

mung gar nicht ausgehen;⁹³ anders, soweit sie das Aussenverhältnis regelt. Mangels Gesellschaftsvertrag gilt das Gesetz, d.h. Art. 611 I OR in seiner internrechtlichen, subsidiären Bedeutung.

1.2 Keine gesetzliche Grenze des Bezugsrechts für den Komplementär: Art. 560 I OR

Für den Kollektivgesellschafter und damit für den Komplementär hält das Gesetz in Art. 560 I OR unmissverständlich fest, dass er seinen Anspruch auf *Ausrichtung* im Sinne des Bezugs⁹⁴ des Zinses auch dann beibehalte, wenn der Kapitalanteil durch Verluste – des laufenden Jahres und/oder der Vorjahre – vermindert worden sei.⁹⁵ Das Gesetz befreit also den Kollektivgesellschafter und damit den Komplementär ausdrücklich davon, seine – ihm so oder anders gutgeschriebenen – Zinsbetroffnisse bis zur Wiederreichung des unverminderten Kapitalanteils – Stand vor Beginn der Verluste – stehenzulassen, wie es dies bezüglich der Gewinnanteile ebenso deutlich (aber natürlich dispositiv) vorgeschrieben hat.⁹⁶ Auch sind keine sonstigen Voraussetzungen für eine Entnahme vorgesehen.⁹⁷ Eine solche ist also beispielsweise auch vor vollständiger Leistung der vertraglichen Einlage sowie bei Tangierung derselben durch den Bezug möglich. Vorbezüge⁹⁸ und sonstige Zinsbezüge auch während des Jahres sind ohne weiteres erlaubt, sofern sie vertraglich vereinbart worden waren.⁹⁹

⁹³ So ausdrücklich auch SIEGWART, N.28 zu Art. 610/12 OR betr. *Zinsbezug*, s.a. N.8 zu Art. 601 OR; a.A. offenbar GUHL/MERZ/KUMMER, 595, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.31; wie hier schon ZR 9(1910)120.

⁹⁴ Vgl. vorst. § 2, V 1.

⁹⁵ Zur Zinsberechnung in bzw. nach Verlustjahren vorst. III, nachst. IV 1.3: Rechnungsbeispiele.

⁹⁶ Vgl. dazu ebenfalls Art. 560 I OR sowie vorst. § 2, V 1.2.

⁹⁷ Auch die Treuepflicht verlangt kein Mehreres, vgl. GLOOR, 35 – im Gegensatz zu seiner Ansicht betr. Gewinnbezüge. – Anders das deutsche Recht bezüglich Vorzugsdividende, vgl. § 122 HGB: «...soweit es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht...»

⁹⁸ Vgl. dazu nachst. Ziff. 1.4.

⁹⁹ Zu letzterem vgl. ausdrücklich Art. 559 II OR.

1.3 Gesetzliche Bezugsbeschränkung für den Kommanditär: Art. 611 I OR

Die herrschende Lehre versucht auch die Bezugsbeschränkung des Kommanditärs bezüglich Zinsen aus dem verworrenen, redaktionell missglückten Absatz 3 von Art. 601 OR abzuleiten.¹⁰⁰ Diese Bestrebung, die einmal mehr eine umfassende, wenn auch passive¹⁰¹ Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungspflicht ansteuert, ist jedoch erneut entschieden abzulehnen. Art. 601 III OR beschlägt auch im vorliegenden Zusammenhang nur die obere Begrenzung des *Rechts* des Kommanditärs, Zinsen (Gewinnanteile und allfällige Honorare) stehen zu lassen, d.h. seinen Kapitalanteil zu äufnen – mit anderen Worten seine *Bezugspflicht*. Für die eingehende Begründung sei auf die bezüglichlichen Ausführungen beim Gewinn verwiesen.¹⁰²

Andererseits kann auch die Auffassung von HIRSCH, der offenbar eine Bezugsbeschränkung für den Kommanditär ausschliesslich bezüglich Gewinn, keine aber betreffend Zinsen befürwortet, nicht geteilt werden.¹⁰³

Nach hier vertretener Ansicht ist eine Bezugsbeschränkung des Kommanditärs betreffend Zinsen ohne weiteres zu bejahen,¹⁰⁴ und zwar wiederum aufgrund von Art. 611 I OR in seiner *internrechtlichen Bedeutung*, d.h. samt zugehöriger, auf seinem Wortlaut sowie vor allem auf der Entstehungsgeschichte basierender Auslegung.¹⁰⁵ Diese Begrenzung des Bezugsrechts entspricht derjenigen betreffend Gewinn in allen wesentlichen Teilen.

Das bedeutet erstens, sie ist dispositiv.¹⁰⁶

¹⁰⁰ So ausdrücklich HARTMANN, N.13 und N.16 zu Art. 601, N.4 zu Art. 611 OR, von STEIGER, 620, 621 inkl. N.34, 623 f., teilweise auf S.632, N.18, abgeschwächt vgl. vorst. § 2, V 1.3.1, SIEGWART, N.8 zu Art. 601 OR.

¹⁰¹ Vgl. § 2, V 1.3.

¹⁰² Vgl. vorst. § 2, V 1.3.1. Vgl. die entsprechende Aufnahme auch des Zinsäufnungsrechts in den vorgeschlagenen Art. 601b, nachst. im Schlusswort.

¹⁰³ Vgl. HIRSCH, 171, N.23, 173: Conclusions: e contrario.

¹⁰⁴ Gl.A. – neben den in Fn.100 vorst. erwähnten Autoren – FOLLIET, 86, 87, 90, sowie GUHL/MERZ/KUMMER, 7.A., 595, so schon 6.A., 556, allerdings externe und interne Bedeutung von Art. 611 I OR nicht klar unterscheidend und damit offenbar von einer zwingenden (internen!) Beschränkung des Bezugsrechts ausgehend; vgl. dazu auch vorst. Fn.93, wie GUHL/MERZ/KUMMER offenbar MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.31.

¹⁰⁵ Vgl. dazu die detaillierten Ausführungen, die mutatis mutandis vollumfänglich für den Bezug der Zinsen Geltung haben, vorst. § 2, V 1.3.2 – s.a. wiederum den Vorschlag de lege ferenda (Art. 601c – im Innenverhältnis), nachst. im Schlusswort.

¹⁰⁶ Vgl. vorst. § 2, V 1.3.2 und Fn.92; entgegen GUHL/MERZ/KUMMER und MEIER-HAYOZ/

Zweitens bleibt sie beschränkt auf Verminderungen durch frühere Verluste bzw. genauer: auf entsprechende Belastungen des Kapitalanteils mit Verlustanteilen.¹⁰⁷ Diese Aussage beinhaltet ihrerseits dreierlei: Einmal ist dadurch die Abhängigkeit der *Bezugsmöglichkeit*, nicht des grundsätzlichen Zinsanspruchs also,¹⁰⁸ vom Geschäftsergebnis dargetan. Umgekehrt bedeutet die Unabhängigkeit des grundsätzlichen, gesetzlichen Zinsanspruches vom Geschäftsergebnis im Zusammenhang mit der Bezugsbeschränkung, dass der Kapitalanteil des Kommanditärs auch durch diese, in Verlustjahren gutgeschriebenen, aber nicht bezogenen Zinsen ergänzt werden kann.¹⁰⁹ Schliesslich entfällt jegliche Bezugsbeschränkung, wenn der betreffende Kommanditär von der Verlusttragungspflicht völlig befreit ist.¹¹⁰

Drittens richtet sich die Bezugsbeschränkung umfangmässig wiederum nach dem Total der pro Verlustphase auf den betreffenden Kapitalanteil entfallenen Verlustanteile. Das heisst, die Grenze zwischen der Pflicht zum Stehenlassen und dem Recht zum Bezug der Zinsen wird ebenfalls gebildet durch den Stand der geleisteten Einlage im weiten Sinne bzw. den Kapitalanteil¹¹¹ – je Stand vor Beginn der Verluste sowie abzüglich allfällige Verminderungen durch Rückbezüge.¹¹²

Wiederum ist der Bezug auch beschränkt, «wenn und soweit» (Art. 611 I OR) die erwähnte Grenze *durch* Zinsbezüge tangiert bzw. dadurch die Verminderung des Kapitalanteils bewirkt *würde*.¹¹³

FORSTMOSER, je a.a.O., vgl. Fn.104 vorst., entgegen auch KAUFMANN, 65, SPEISER, 330 (betr. Art. 605 aOR); unzutreffend auch ZBJV 53(1917)501.

¹⁰⁷ Unter Ausschluss von Verminderungen durch – erlaubte und unerlaubte – Rückbezüge, wiederum entgegen VON STEIGER, 620 (vgl. demgegenüber erneut S.634), HARTMANN, N.12/13 zu Art. 601 OR; zum Ganzen vgl. bereits vorst. § 2, V 1.3.2 (insbes. Rechnungsbeispiel B: Variante mit Rückbezügen). Wie hier bereits STIFFLER, 62.

¹⁰⁸ Vgl. vorst. II, entgegen SIEGWART, N.6 zu Art. 598, N.28 zu Art. 610/12 OR.

¹⁰⁹ Wie hier STIFFLER, 62, a.A. konsequenterweise SIEGWART, N.33 zu Art. 610/12 OR, s.a. N.23 a.a.O., ihm folgend BISCHOFF, 64.

¹¹⁰ Vgl. vorst. § 2, V 1.3.2, nachst. § 9, IV 1; auch diesbezüglich unzutreffend ZBJV 53(1917)502.

¹¹¹ Wie hier ausdrücklich für den Zins (geleistete Einlage) GUHL/MERZ/KUMMER, 595, s.a. SIEGWART, N.8 zu Art. 601 (Kapitalanteil), N.23 und N.32 zu Art. 610/12 OR (Einlage, jedoch ohne die notwendige Präzisierung: soweit geleistet, vgl. dazu auch vorst. § 2, Fn.194). Unzutreffend BGE 42 III 145: sofern «dieses Kapital bzw. jener im Handelsregister eingetragene Betrag der Kommandite nicht verringert wird...».

¹¹² Dazu ausführlich vorst. § 2, V 1.3.2, insbes. s.a. die dortigen, sowie die hier nachfolgenden Rechnungsbeispiele.

¹¹³ Vgl. dazu vorst. § 2, V 1.3.2.

Diese spezielle, meist nur teilweise Bezugsbeschränkung, hier Intakthaltungspflicht genannt,¹¹⁴ ist im Zusammenhang mit der Begrenzung des Zinsbezugsrechtes noch einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Jede Intakthaltungspflicht hat als selbstverständliche Voraussetzung, dass der Kapitalanteil am Ende des Geschäftsjahres – vor Bezug – noch unvermindert, d.h. intakt ist. Insofern kann sie ohne weiteres, was im aOR und in der Entwürfen übersehen wurde,¹¹⁵ auch beim Gewinn in Frage kommen. Dann nämlich, wenn der Kapitalanteil am Anfang des Jahres zwar vermindert war, durch die Gewinngutschrift aber auf oder über den Stand des Kapitalanteils vor Beginn der Verluste, der Bezugsgrenze, gebracht wurde. – War der Kapitalanteil umgekehrt bereits anfangs des Jahres unvermindert, intakt, und wurde im laufenden Jahr ein Gewinn erwirtschaftet, so steht einem vollständigen Gewinnbezug selbstverständlich nichts im Wege.

Beim Zins hingegen ist der weitere Fall denkbar, dass der Kapitalanteil zwar auch am Anfang des Jahres unvermindert war, durch Verluste des laufenden Jahres jedoch vermindert wurde, und die Zinsgutschrift des gleichen Jahres – welche wie erwähnt auch in Verlustjahren stattzufinden hat –¹¹⁶ wieder ausgeglichen bzw. überstiegen werden konnte. Denkbar ist dies demnach bei Verlusten des laufenden Jahres, die gleich gross oder kleiner waren als die Zinsgutschrift.¹¹⁷ Wird der gutgeschriebene Zins in solchen Fällen vollumfänglich bezogen, so erleidet der Kapitalanteil durch diesen Bezug eine Verminderung. Insofern findet die Intakthaltungspflicht betreffend Zinsen ein breiteres Anwendungsgebiet als diejenige betreffend Gewinn. Sie kann also nicht nur bei Verlusten des oder der Vorjahre wie beim Gewinn, sondern auch bei Verlusten des laufenden, eben abgeschlossenen Jahres, Platz greifen. Darauf ist wohl zurückzuführen, dass sowohl das aOR als auch sämtliche Entwürfe einen der allgemeinen, *vollen* Bezugsbeschränkung – im Sinne der Verpflichtung zum Stehenlassen zwecks *Wiederergänzung*¹¹⁸ – vorgestellten Absatz enthielten, welcher je immer eine spezielle, meist *teilweise* Beschränkung im Sinne der *Intakthaltungspflicht* ausschliesslich *betreffend Zinsen* enthielt. Im Wortlaut:

¹¹⁴ Vgl. vorst. § 2, bei Fn.208.

¹¹⁵ Vgl. dazu nachst. im Text.

¹¹⁶ Vgl. vorst. Fn.109, anders wie erwähnt konsequenterweise SIEGWART, a.a.O.

¹¹⁷ Waren sie grösser, so wurde der Kapitalanteil am Ende Jahres vermindert und entfällt der Zinsbezug schon aus diesem Grunde, d.h. die *volle* Bezugsbeschränkung dient diesfalls der *Wiederergänzung* des *verminderten* (nicht mehr intakten) Kapitalanteils.

¹¹⁸ Vgl. Art. 605 II aOR, Art. 615 II E I, Art. 628 II E II, Art. 611 II E III; vgl. dazu § 2, V 1.3.2.

aOR Art. 605 I: «Zinse dürfen dem Kommanditär nur insoweit ausbezahlt werden, als dadurch die Kommanditsumme nicht vermindert wird.»

E I Art. 615 I,

E II Art. 626 I,

E III Art. 611 I: «Zinse dürfen dem Kommanditär, auch wenn sie durch Vertrag besonders ausbedungen sind,¹¹⁹ nur auf Grund einer ordnungsmässigen Bilanz und nur insoweit ausbezahlt werden, als dadurch die Kommanditsumme nicht vermindert wird.»

Die vorstehenden Ausführungen erlauben nun, einen ergänzenden und abschliessenden¹²⁰ Vergleich zwischen dem aOR und den Entwürfen einerseits und dem geltenden OR anderseits anzustellen. Es ergibt sich dabei, dass im aOR und in den Entwürfen¹²¹:

- sowohl eine – und zwar eine allgemeine, auch den Fall des verminderten Kapitalanteils anfangs Geschäftsjahr erfassende – spezifische, meist nur *teilweise* Bezugsbeschränkung bei unvermindertem Kapitalanteil Ende Jahr, eine *Intakthaltungspflicht* also, aber *nur betreffend Zinsen*,
- als auch – jeweils in Absatz 2 –¹²² eine grundsätzliche, *volle* Bezugsbeschränkung bei vermindertem Kapitalanteil Ende Jahr betreffend Zinsen und Gewinn enthalten war,
- jedoch eine deutliche *Intakthaltungspflicht* für den *Gewinn* – nämlich bei vermindertem Kapitalanteil Anfang Jahr, unvermindertem Kapitalanteil Ende Jahr – fehlte.¹²³

Demgegenüber enthält Art. 611 I revOR zu Recht:

- eine *Intakthaltungspflicht* im Sinne einer meist nur *teilweisen* Bezugsbeschränkung sowohl betreffend Zinsen als auch betreffend *Gewinn* – ausgehend vom unverminderten Kapitalanteil am Ende, unabhängig vom Stand des Kapitalanteils am Anfang des Geschäftsjahres. (Der vorstehend ervorgehobene Spezialfall der Intakthaltungspflicht bei den Zinsen ist darin – bewusst oder unbewusst – erfasst.)

Hingegen fehlt in Art. 611 I revOR:

- jegliche Erfassung einer grundsätzlichen, vollen Bezugsbeschränkung

¹¹⁹ Dazu vorst. Fn.20.

¹²⁰ Zum Vergleich grundsätzlich bereits vorst. § 2, V 1.3.2.

¹²¹ Vgl. jeweils Abs. 1 von aOR Art. 605, E I Art. 615, E II Art. 628 und E III Art. 611.

¹²² Vgl. die in Fn.118 vorst. erwähnten Artikel sowie die Ausführungen unter § 2, V 1.3.2.

¹²³ Ansatzweise könnte sie u.U. aus dem jeweiligen Abs. 2 herausgelesen werden.

im Sinne der Pflicht zur *Wiederergänzung* – im passiven Sinne¹²⁴ – des am Ende des Geschäftsjahres noch verminderten Kapitalanteils durch Stehenlassen von Zinsen und Gewinnanteilen.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Der Kommanditär kann die ihm gemäss Vertrag, oder mangels Vertrag subsidiär, gestützt auf das Gesetz grundsätzlich zukommenden Zinsen nur beziehen, wenn sein Kapitalanteil nicht zufolge von Verlusten aus früheren Jahren oder aus dem laufenden Jahr vermindert ist, bzw. durch den Bezug der Zinsen unter den Stand vor Beginn der Verluste herabgesetzt würde.

Die Beschränkungen des Bezugsrechts sind dispositiv, können also vertraglich, insbesondere durch Zusage einer fixen Verzinsung, beseitigt werden. Einzige, aber auf einer anderen Ebene liegende Konsequenz einer solchen vertraglich abweichenden Regelung ist das Aufleben der Haftung, letzteres ist allerdings umfangmässig durch die Kommanditsumme begrenzt.¹²⁵

¹²⁴ Dazu vorst. § 2, V 1.3.

¹²⁵ Vgl. dazu nachst. § 11, VIII 4.2.2.

Auch diese Ausführungen sollen durch einige einfache ZAHLENBEISPIELE ergänzt werden:

Vereinbarte Kommanditeinlage: 1000

Zins (gemäss Gesetz) : 4%

Kapitalkonto des Kommanditärs

1. Geschäftsjahr

	S	H	
ursprünglich geleistete Einlage		500	
Gewinnanteil		30	
Zinsgutschrift		20	4% von 500
Saldo Ende Jahr		<u>550</u>	Bezug von Gewinn + Zins wäre möglich; beides stehengelassen (erlaubt gem. Art. 601 III OR) = Kapitalanteil vor Beginn der Verluste (= geleistete Einlage i. w. S., bzw. ursprünglich geleistete + Zuwachs) = <i>Bezugsgrenze</i>

2. Geschäftsjahr

	S	H	
Kapitalanteil Anfang Jahr		550	
Verlustanteil	40		
Zinsgutschrift		22	berechnet vom Kapitalanteil am Anfang des Jahres: 4% von 550
Saldo Ende Jahr		<u>532</u>	Kapitalanteil vermindert – kein Zinsbezug – Stehen- lassen von 22 (<i>volle</i> Bezugs- beschränkung)

3. Geschäftsjahr

	S	H	
Kapitalanteil Anfang Jahr		532	Kapitalanteil bereits ver- mindert
Verlustanteil	33,28		
Zinsgutschrift		21,28	4% von 532
Saldo Ende Jahr		<u>520</u>	Kapitalanteil weiter ver- mindert – kein Zinsbezug (<i>volle</i> Bezugsbeschrän- kung)

4. Geschäftsjahr

	S	H	
Kapitalanteil Anfang Jahr		520	Kapitalanteil bereits vermindert
Gewinnanteil		9,2	
Zinsgutschrift		20,8	4% von 520
Stand Ende Jahr		<u>550</u>	Kapitalanteil wieder intakt, <i>würde</i> durch Bezug sowohl von Gewinn als auch von Zinsen vermindert – Regelfall der <i>Intakthaltungspflicht</i> (in casu <i>vollständige</i>), anwendbar auf Zinsen und Gewinn.

5. Geschäftsjahr

	S	H	
Kapitalanteil Anfang Jahr		550	Kapitalanteil intakt/unvermindert
Verlustanteil	20		
Zinsgutschrift		22	4% von 550
Stand Ende Jahr, vor Bezug		552	Kapitalanteil intakt, d.h. sogar knapp über dem Stand vor Beginn der Verluste (Bezugsgrenze), jedoch spezifische – hier nur <i>teilweise</i> – Bezugsbeschränkung bzw. <i>Intakthaltungspflicht</i> betr. Zinsen, nämlich 2; 2 dürfen bezogen werden.
Bezug Zinsen	2		
Saldo Ende Jahr		<u>550</u>	

Die dargelegte Beschränkung des Bezugsrechtes des Kommanditärs zufolge von Verlusten des oder der Vorjahre bzw. des laufenden Jahres hat

eine zu Lasten des Kommanditärs gehende Ungleichbehandlung gegenüber dem Komplementär zur Folge. Allerdings ist sie wesentlich weniger schwerwiegend als die Ungleichbehandlung, die von namhaften Autoren aufgrund von Art. 601 III OR verfochten wird.¹²⁶

Diese Schlechterstellung¹²⁷ – die ja vertraglich ohne weiteres wegbedungen werden kann – ist m.E. durchaus gerechtfertigt; nicht aber etwa aufgrund der beschränkten Haftung des Kommanditärs. Dieses häufig, sogar von HUBER¹²⁸ verwendete, Argument ist im Innenverhältnis nicht am Platze.

Soweit im besonderen hervorgehoben wird, beim Komplementär bleiben dem Gläubiger wegen seiner unbeschränkten Haftung sämtliche Zinsen, also auch diejenigen aus Verlustjahren erhalten, ist dies eine äusserst theoretische und fragwürdige Behauptung, da der Komplementär nach parallel dazu verbreiteter Ansicht – und wohl auch in der Praxis – die bezogenen Zinsen und Gewinne eben für seinen Lebensunterhalt braucht¹²⁹ und damit in der Regel verbraucht. – Soweit durch die herausgeschälte Ungleichbehandlung jedoch indirekt, vermeintlich, wieder einmal die Gläubigerstellung verstärkt werden *sollte*, muss dies scheitern, denn soweit Art. 611 I OR das Innenverhältnis regelt, ist er vollumfänglich dispositiv.¹³⁰ Dies bedeutet nebenbei, dass eine Verweigerung der Zinszahlung durch den einzigen Komplementär (als Geschäftsführer der Gesellschaft) gegenüber dem Kommanditär bei abweichender vertraglicher Vereinbarung (z.B. feste Verzinsung) nicht möglich ist.¹³¹ Die Gesellschaft selbst braucht vor Zinszahlungen nicht geschützt zu werden. Hat sie solche irrtümlich veranlasst, kann sie sie allenfalls nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern. Der gute Glaube des Kommanditärs ist hiebei m.E. nicht grundsätzlich, wie im Aussenverhältnis, sondern höchstens betreffend Umfang der Rückerstattung massgebend.¹³² – Im Aussenverhältnis selber wird dem Bezug

¹²⁶ Vgl. vorst. Ziff. 1.3 (einleitend), s.a. vorst. § 2, V 1.3.1.

¹²⁷ Sie war z.B. auch dem Ständerat deutlich bewusst, vgl. StenBullStR 1931/165.

¹²⁸ Vgl. Ber.I, 28/29, s.a. HOFFMANN, Ber.II, 24, StenBullStR 1931/165.

¹²⁹ Vgl. HUBER, Ber.I, 28/29, 16, s.a. GLOOR, 35.

¹³⁰ Treffend SIEGWART, N.28a zu Art. 610/12 OR, vgl. auch vorst. im Text.

¹³¹ Diesbezüglich unklar HOFFMANN, Ber.II, 24.

¹³² Vgl. ausführlicher vorst. § 2, V 1.3.3, s.a. SIEGWART, N.29 zu Art. 610/12 OR; in Ausnahmefällen kommt – bei eigenmächtigen Bezügen oder Rückbezügen – die Geltendmachung einer unerlaubten Handlung in Frage, vgl. ebenfalls vorst., a.a.O., sowie nachst. § 11, IX 1.2.

von Zinsen und Gewinn in oder nach Verlustjahren¹³³ im übrigen, wie noch darzulegen sein wird, in zwingender Weise Rechnung getragen, indem die Haftung im grundsätzlich entsprechenden Umfange, begrenzt jedoch durch die Kommanditsumme, wieder auflebt;¹³⁴ dies als Folge der unbestrittenen externrechtlichen Bedeutung von Art. 611 OR.¹³⁵

Die Ungleichbehandlung ist m.E. vielmehr gerechtfertigt als Pendant zur vom Gesetz ebenfalls dispositiv angeordneten Beschränkung der Verlusttragung im Auseinandersetzungsfall auf die – wie noch zu zeigen sein wird – vereinbarte Einlage im internen Verhältnis.¹³⁶ Der Kommanditär riskiert somit in der Regel auch intern weniger als der Komplementär. Dazu mag kommen, dass der Kommanditär, der in seltenen Fällen sein ganzes Vermögen in die Gesellschaft investiert hat, auf den Bezug der Zinsen weniger angewiesen ist. Abgesehen davon steht ihm der Bezug der Zinsen frei, ja ist er sogar zum Bezug (ab Kapitalkonto) verpflichtet, sobald sein Kapitalanteil den Umfang der vereinbarten Einlage erreicht hat, d.h. sobald die vereinbarte Einlage voll geleistet ist.¹³⁷ Diese Bestimmung macht ihn unter Umständen sogar besonders stark und unabhängig von der Gesellschaft.¹³⁸ Es ist in diesem Zusammenhang nicht zu übersehen, dass der Gesetzgeber der Erhaltung der geleisteten, aber auch insbesondere der vereinbarten Einlage des Kommanditärs an sich ein besonderes Gewicht zumisst. HUECK¹³⁹ prägnantes Zitat: «Das Bestreben des Gesetzes geht also dahin, die Einlagemöglichkeit in der ursprünglichen Höhe zu erhalten, sie nicht zu erhöhen, aber auch nicht zu vermindern und, wenn eine Verminderung eingetreten ist, sie wieder aufzufüllen¹⁴⁰» bedarf jedoch gewisser Präzisierungen. Es ist richtig, sofern durchgehend (insbesondere betreffend Erhöhungsverbot) von einer voll geleisteten Kommanditeinlage ausgegangen¹⁴¹ und sofern unter «Verminderung» nur die Verminderung durch Verlust verstanden wird.¹⁴²

¹³³ Bei entsprechender Verminderung des Kapitalanteils.

¹³⁴ Vgl. dazu nachst. § 11, VIII 4.2.2.

¹³⁵ So HUBER, Ber.I, 28, aber nur im Zusammenhang mit den *Bezügen* der Zinsen, entgegen SIEGWART, der gestützt darauf den grundsätzlichen Anspruch verneinen will, s.vorst. II.

¹³⁶ Vgl. Art. 601 I OR, sowie nachst. § 10, II 1.

¹³⁷ Art. 601 III OR, ebenfalls dispositiv, vgl. dazu ausführlicher nachst. Ziff. 2 und vorst. § 2, V 2.

¹³⁸ So v.a. U.HUBER, 254 f.

¹³⁹ S. 143.

¹⁴⁰ Zum hier abgelehnten Begriff der «Auffüllungspflicht» vgl. vorst. § 2, V 1.3.

¹⁴¹ Vgl. zum entsprechenden, in der Praxis nur selten typischen Bild des Gesetzgebers auch U.HUBER, 256, KONIETZKO, 42.

¹⁴² Vgl. vorst. bei Fn.107.

1.4 Fälligkeit/Vorbezüge

Das Gesetz geht von einer jährlichen Zinszahlung aus, gestützt auf die Bilanz des Vorjahres.¹⁴³ Gemäss SIEGWART¹⁴⁴ ist die Genehmigung der Bilanz – anders als beim Gewinnanspruch – nicht Fälligkeitsvoraussetzung. Das heisst der Zinsbetrag ist bereits vor Annahme der Bilanz am Schlusse des Geschäftsjahres geschuldet, zumindest soweit die Berechnungsweise unbestritten ist. Dies, weil der Zinsanspruch als echte Gesellschaftsschuld bereits vor der Saldoziehung als Passivposten eingesetzt wird.¹⁴⁵

Vertraglich können abweichende, z.B. halb- bis vierteljährliche oder auch sonstige Bezugstermine vereinbart werden.¹⁴⁶ Jedoch hat der Bezug bzw. die Gutschrift auf Kapitalkonto des Kommanditärs jeweils aufgrund einer ordnungsmässigen Bilanz¹⁴⁷ zu geschehen.¹⁴⁸

Solange die gesetzliche Bezugsbeschränkung im Sinne der Verpflichtung zum Stehenlassen der gutgeschriebenen Zinsbeträge bei vorhandener oder drohender Verminderung des Kapitalanteils intern nicht vertraglich¹⁴⁹ wegbedungen ist, gilt die ordnungsmässige Bilanz als weitere Voraussetzung zum Zinsbezug auch gegenüber der Gesellschaft. Denn nur so kann die Frage, ob der Kapitalanteil¹⁵⁰ vermindert sei oder durch den Bezug vermindert würde, geklärt werden. Wurde insbesondere eine fixe Verzinsung¹⁵¹ vereinbart, so entfällt das Erfordernis automatisch. Hat der Kommanditär hingegen trotz Belassung der gesetzlichen Bezugsbeschrän-

¹⁴³ Vgl. Art. 559 I OR, HARTMANN, N.16 zu Art. 601 OR.

¹⁴⁴ N.22 zu Art. 558/60 OR.

¹⁴⁵ Vgl. vorst. I und III, s.a. SIEGWART, N.22 zu Art. 558/60 OR.

¹⁴⁶ Gemäss SIEGWART, N.24 zu Art. 570 OR, schafft hingegen das Recht auf den Vorbezug während des Jahres nicht eine eigentliche Fälligkeit bzw. eine Fälligkeit eigener Art. Gemäss HARTMANN, N.2 zu Art. 559 OR, handelt es sich bei diesen Bezügen um solche «à conto der später endgültig festzustellenden Ansprüche».

¹⁴⁷ In den drei Entwürfen E I Art. 615 I, E II Art. 628 I, E III Art. 611 I wurde die «ordnungsmässige» Bilanz als Voraussetzung zum Bezug der Zinsen noch ausdrücklich erwähnt – vgl. die Gesetzeszitate vorst. bei Fn.119 – und von HUBER, Ber.I, 28, u.a. speziell im Hinblick auf die interne Bezugsbeschränkung zu Recht ausdrücklich hervorgehoben. Gegen HUBERs –a.a.O.– Begründung des Unterschieds gegenüber dem auch in dieser Hinsicht freien Zinsbezug des Komplementärs wiederum mit haftungsrechtlichen Argumenten, vgl. vorst. Ziff. 1.3 a.E.

¹⁴⁸ Z.B. Halbjahresbilanz, so HARTMANN, N.16 zu Art. 601 OR; generell: Zwischenbilanz, so SIEGWART, N.26 zu Art. 610/12 OR; s.a. BGE 45 II 539, ZR 19(1920)157.

¹⁴⁹ Z.B. durch Festsetzung einer fixen Verzinsung, vgl. vorst. Ziff. 1.1.

¹⁵⁰ Dieser muss denn auch auf der Passivseite der Bilanz eingesetzt werden und nicht etwa die Kommanditsumme i.S. der Haftsumme – entgegen GUHL/MERZ/KUMMER, 596, BGE 45 II 533; vgl. bereits Fn.74 vorst.

¹⁵¹ Vgl. Fn.149 vorst.

kung im Sinn der Erhaltung der geleisteten Einlage im weiten Sinne¹⁵² schon vor Ablauf des Geschäftsjahres und auch ohne Vorliegen einer Zwischenbilanz Zinsen bezogen, so wird sich bei Erstellung der Jahresbilanz zeigen, ob seine Bezüge gerechtfertigt waren. Allenfalls hat er zu Unrecht bezogene Zinsen der Gesellschaft zurückzuerstatten.¹⁵³

Jedenfalls aber hat die ordnungsmässige Bilanz – sowohl betreffend Zinsen, als auch Gewinnbezug – ihre volle Bedeutung im Zusammenhang mit der speziellen Haftungsordnung des Kommanditärs. Die Beachtung dieser Voraussetzung liegt vor allem in seinem Interesse. Er beschneidet sich nämlich seiner Möglichkeiten der Haftungsbefreiung, wenn er Zinsen (und Gewinn) ohne Vorliegen einer ordnungsmässigen Bilanz bezieht. Denn dem Kommanditär obliegt die Beweislast, dass die Zinsbezüge gestützt auf eine solche erfolgt seien.¹⁵⁴ Vorbezüge erfolgen daher auch auf sein Risiko.¹⁵⁵ Insbesondere entfällt bei Fehlen einer ordnungsmässigen Bilanz die ihm vom Gesetz gewährte Möglichkeit, seinen guten Glauben beim Bezug zu beweisen.¹⁵⁶ Denn der gute Glaube aufgrund von Art. 611 II OR hat seine Bedeutung nur bei Abstützung auf eine ordnungsmässige Bilanz. Wenn überhaupt keine Bilanz aufgestellt worden war, besteht a priori auch kein Schutz des guten Glaubens.¹⁵⁷ Ein gutgläubiger Verlass auf die Bilanz des Vorjahres wird nicht anerkannt.¹⁵⁸

1.5 Geltendmachung des Zinsanspruchs

Den fälligen Zinsanspruch, dem keinerlei Bezugsbeschränkungen¹⁵⁹ entgegenstehen, kann der Kommanditär wiederum gegenüber der Gesellschaft,¹⁶⁰ nach allenfalls durchgeführter Liquidation gegenüber den Komplementären und allfälligen sonstigen Kommanditären geltend machen. Im übrigen wird auf die Ausführungen betreffend die Geltendmachung des Gewinnanspruchs verwiesen, welche vorliegend analog Anwendung finden.¹⁶¹

¹⁵² Vgl. vorst. § 1, III 3.

¹⁵³ Vgl. SIEGWART, N.26 zu Art. 610/12 OR, ZR 29(1930)291; s.a. vorst. § 2, V 1.3.3.

¹⁵⁴ Vgl. HARTMANN, N.9 zu Art. 611 OR; s. nachst. § 11, IX 2.4.3.1.2.

¹⁵⁵ Vgl. auch HARTMANN, N.5 und N.8 zu Art. 611 OR.

¹⁵⁶ Vgl. ebenfalls nachst. § 11, IX 2.4.3.1.2; so z.B. auch ZR 19(1920)157. Zur Unerheblichkeit des guten Glaubens gegenüber der Gesellschaft vgl. vorst. § 2, V 1.3.3.

¹⁵⁷ Vgl. HARTMANN, N.8 zu Art. 611 OR, SIEGWART, N.26 zu Art. 610/12 OR.

¹⁵⁸ Vgl. BGE 45 II 539.

¹⁵⁹ Vgl. dazu vorst. Ziff. 1.3; diese Beschränkungen sind dispositiver Natur, insofern z.B. unzutreffend ZBJV 53(1917)499.

¹⁶⁰ Vgl. SJZ 14(1917/18)245 (254), ZBJV, a.a.O.

¹⁶¹ Vgl. vorst. § 2, V 1.5.

2. Äufnung des Kapitalanteils durch Stehenlassen des Zinsbetroffnisses/Grenzen

Es kann hier auf die Ausführungen zum Stehenlassen der Gewinnanteile samt deren Begrenzung verwiesen werden, da ja die obere Grenze des erlaubten Stehenlassens¹⁶² von Zinsen in Art. 601 III OR, welcher auf diesen Fall und zwar ausschliesslich anwendbar ist, im gleichen Atemzug erwähnt wird.¹⁶³

Die Gefahr der überproportionalen Verschiebung der Zinsbetroffnisse und damit der Benachteiligung bedürftiger Gesellschafter besteht naheliegenderweise – im Gegensatz zum Gewinnanspruch – beim Zinsanspruch immer, da der Zins regelmässig, und nicht nur falls im Vertrag so vorgesehen, vom jeweiligen Kapitalanteil¹⁶⁴ berechnet wird. Das Argument, dass die Erhöhung von Kapitalanteilen die Gesellschaft auch belasten könne,¹⁶⁵ ist m.E. im vorliegenden Zusammenhang nicht durchschlagend, da ja einer allfällig erhöhten Zinsverpflichtung auch ein höheres Einlage- und damit Risikokapital des betreffenden Gesellschafters gegenübersteht.¹⁶⁶ Im übrigen kann die freie Verfügbarkeit über die Zinsbetroffnisse, die nach vollständiger Leistung der Einlage auf dem Kapitalkonto eintritt, für den Kommanditär von grossem Vorteil sein. Sie macht ihn weitgehend finanziell unabhängig von der Gesellschaft. Er kann die Betroffnisse beziehen, wann er will, z.B. ab separatem Darlehenskonto bei der Gesellschaft. Er ist damit auch nicht dem Risiko der Geschäftstätigkeit ausgesetzt.¹⁶⁷

Die gegenüber dem Komplementär von Gesetzes wegen bestehende Regelung, werde sie nun eher als eine Bevorzugung oder als eine Benachteiligung angesehen, kann durch Absprache ohne weiteres im Sinn einer Erhöhung des Beitrags abgeändert, der Kommanditär berechtigt bzw. verpflichtet werden, auch seine die vereinbarte Einlage übersteigenden Zinsbetroffnisse stehen zu lassen, mithin auf seinem Kapitalkonto einzubuchen. Dies mit der Konsequenz selbstverständlich, dass auch sie zukünftig den Geschäftsrisiken ausgesetzt sind. Denn es ist zu beachten, dass sie auch im Falle des Konkurses der Gesellschaft nicht mehr zurückgefordert

¹⁶² Bzw. der Bezugspflicht.

¹⁶³ Vgl. hiezu den Formulierungsvorschlag *de lege ferenda* (Art. 601b), nachst. im Schlusswort.

¹⁶⁴ Stand anfangs des Jahres, vgl. vorst. III.

¹⁶⁵ Vgl. VON STEIGER, 498.

¹⁶⁶ Vgl. insbes. die Regelung im Konkurs. Dazu noch nachst. im Text.

¹⁶⁷ Vgl. auch U.HUBER, 254, 256.

werden können (Art. 616 II OR), auch dann nicht, wenn die so geäußerte Einlage im weiten Sinne überschüssig ist, d.h. der Kapitalanteil die bekanntgegebene Kommanditsumme übersteigt.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Vgl. zu diesem Problem nachst. § 6, IV.

§ 4 Anspruch auf Honorar

I. Definition des Honorars

Unter Honorar wird das Entgelt für die durch einen Gesellschafter geleistete Arbeit verstanden.

Oft ist die Entscheidung, ob in concreto eine Gewinnbeteiligung oder ein Honoraranspruch vorliege, allerdings schwierig,¹ insbesondere im Zusammenhang mit einer Tantième-Garantie.² Diese Frage ist auch für eine allfällige Bezugsbeschränkung von Bedeutung.³ Im Zweifel ist eine Würdigung des gesamten Sachverhaltes im konkreten Fall vorzunehmen.⁴ Eindeutig nicht unter den Begriff des Honorars fällt der Ersatz für Auslagen.⁵

Der Honoraranspruch ist eine echte Gesellschaftsschuld (Art. 558 III OR),⁶ die bei Ermittlung von Gewinn und Verlust als solche vor der Saldoziehung in Rechnung zu stellen ist. Die Honorarforderung entsteht demzufolge unabhängig vom Jahresergebnis; sie ist eine feste Vergütung. Entsprechend kann sie auch im Konkurs der Gesellschaft geltend gemacht werden.⁷

¹ Vgl. z.B. HARTMANN, N.17 zu Art. 558 OR, SIEGWART, N.11 zu Art. 537 OR; ZR 11(1912)209, 43(1944)221, 9(1910)114.

² Dazu HARTMANN, N.6 zu Art. 611, BGE 27 II 576, vgl. auch VON STEIGER, 497, BISCHOFF, 106. Zur Frage einer verschleierte Tantième bei der AG vgl. z.B. BGE 82 II 148 ff.

³ Vgl. dazu nachst. III 1.1, insbes. Fn.19, vorst. § 2, V 1.3.2.

⁴ So VON STEIGER, a.a.O. Eine die Gewinnregelung bevorzugende Auslegung befürwortet hingegen HARTMANN, N.17 zu Art. 558 OR; eine aufgrund des sonst entbehrlichen Absatzes 3 von Art. 558 OR eher auf Honorar tendierende Auslegung vertritt SIEGWART, N.23 zu Art. 558/60 OR; Bsp. in BGE 26 II 265, 27 II 576 f.

⁵ Vgl. Art. 537 I OR; HARTMANN, N.18 zu Art. 601 OR; N.16 zu Art. 558 OR; zu den Ersatzansprüchen des Personengeschafters allgemein vgl. SIEGWART und BECKER, je N.1 ff. zu Art. 537 OR, umstritten und schwierig sind insbes. Fragen der Fälligkeit, vgl. dazu SIEGWART, N.16-23 zu Art. 537 OR, BECKER, N.2 zu Art. 537 OR.

⁶ So auch HARTMANN, N.18 zu Art. 601 OR. «Honorar» auf Anraten der Ständeratskommission daher bewusst neu auch eingefügt in Art. 613 II revOR, vgl. Sten-BullStR 1931/166.

⁷ Art. 570 II OR, auf den Kommanditär anwendbar i.V. mit Art. 619 I OR. – Vgl. im übrigen HARTMANN, N.18 zu Art. 558 OR, SIEGWART N.23 zu Art. 558/560 OR, VON STEIGER, S.496 f.

II. Rechtsgrundlagen

Von Gesetzes wegen stehen einem Personengesellschafter keine Ansprüche auf besondere Vergütung für persönliche Bemühungen zu. Als Entgelt für seine Tätigkeit zum Wohle der Gesellschaft sollen vorweg die sozialrechtlichen Ansprüche dienen, d.h. der Anteil am Gewinn sowie die Zinsen.

Das Honorar ist mit anderen Worten – im Gegensatz zum Zins⁸ und Gewinnanspruch – nur geschuldet, falls ein solches ausdrücklich vereinbart ist.⁹ Eine entsprechende Vereinbarung wird sich unter Umständen aufdrängen.¹⁰ Sie braucht nicht im Gesellschaftsvertrag enthalten zu sein, sondern kann Gegenstand einer besonderen Abmachung bilden.¹¹ Es kommt auch vor und ist ohne weiteres zulässig,¹² dass zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter ein eigentlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen wird.¹³ Unterschiede ergeben sich diesfalls unter anderem betreffend Sorgfaltspflicht,¹⁴ Konkurrenzverbot, vor allem auch betreffend Lohnzahlung im Krankheitsfalle. Schliesslich kann sich eine Honorarforderung gar aus den Umständen oder aus der Praxis ergeben.¹⁵

Die Honorierung eines Kommanditärs wird seltener vorkommen als diejenige eines Komplementärs, da ersterer seltener eine irgendwie geardete geschäftsführende Tätigkeit übernehmen wird. Jedoch ist an sich durchaus vorstellbar, dass ein Kommanditär im Rahmen seines Fachgebietes, z.B. als Anwalt, Architekt etc., für die Gesellschaft tätig ist und dass ihm für diese Tätigkeit ein Entgelt zusteht.¹⁶

⁸ Auch dem Kommanditär steht nach hier vertretener Auffassung ein solcher Anspruch von Gesetzes wegen zu, vgl. vorst. § 3, II.

⁹ Vgl. auch indirekt Art. 558 III OR, sowie die vorst. § 2, V 1.3.2 bereits hervorgehobene Formulierung «allfällige» Honorare in Art. 601 III sowie 613 II OR. Vgl. dazu BGE 26 II 265: Der Kommanditär muss folglich auch zustimmen.

¹⁰ Vgl. VON STEIGER, 497.

¹¹ Vgl. dazu ZR (1902) 44.

¹² Vgl. HARTMANN, N.17 zu Art. 558, N.16a zu Art 557 OR – entgegen ZR 11(1912)209.

¹³ Anerkannt auch vom BGH gem. SCHNEIDER/SCHNEIDER, 64.

¹⁴ Vgl. HARTMANN, N.16a zu Art. 557.

¹⁵ Vgl. HARTMANN, N.17 zu Art. 558 OR.

¹⁶ Vgl. dazu auch BECKER, N.8 zu Art. 538 OR: kein Honorar für blosse Beratung in Fragen des Berufs, sondern Vergütung in Anteilen am Geschäftsgewinn, hingegen besondere Entschädigung für Anwalt bei Prozessführung bzw. für Architekt bei Leitung eines Baus.

III. Verwirklichung des Honoraranspruchs

1. Bezug des Honorars

1.1 Grenzen des Bezugsrechts?

Der Kollektivgesellschafter und damit der Komplementär behält «seinen Anspruch auf Ausrichtung¹⁷ des Honorars», auch wenn «der Kapitalanteil durch Verluste vermindert worden ist» (Art. 560 I OR). Der Komplementär unterliegt somit keinerlei Beschränkung seines Bezugsrechts im Hinblick auf die ihm zustehenden Honorare.

Dasselbe gilt m.E. für den Kommanditär. Nach hier vertretener, ausführlich dargelegter Auffassung¹⁸ beruhen die Begrenzungen des Bezugsrechts des Kommanditars auf Art. 611 I OR, der die Revision in vielerlei Hinsicht nur in verstümmelter Form überstanden hat. Unproblematisch und mit sämtlichen Entwürfen in Einklang ist er immerhin insofern, als er die Honoraransprüche¹⁹ weder der einen noch der anderen Bezugsrechtsbegrenzung unterstellt.²⁰ Entsprechend ist die auf den Bezugsrechtsbegrenzungen aufbauende *Haftung* auf Zinsen und Gewinn (in bzw. nach Verlustjahren²¹) beschränkt, was sowohl für das neue als auch für das alte Recht allgemein anerkannt ist.²² SIEGWART²³ hält demgemäss ausdrücklich fest, dass die Auszahlung eines Honorars für Arbeitsleistungen des Kommanditars auch «in Verlustjahren» keine Kapitalrückzahlung, welche die Haftung aufleben lassen würde, bedeute. Dies mit der einleuchtenden

¹⁷ Zu diesem, nicht klar auch die Verbuchung auf Separatkonto, als Möglichkeit des Bezugs umfassenden Begriff, vgl. vorst. § 2, V 1.1 (inkl. Fn.63).

¹⁸ Vorst. § 2, V 1.3.2 sowie § 3, IV 1.3.

¹⁹ Liegt hingegen umgekehrt eine Tantième-Garantie i.S. eines Gewinnbezuges vor, greift die Beschränkung des Bezugsrechts – ohne anderslautende vertragliche Regelung – wie vorst. § 2, V 1.3.2 beschrieben, ein.

²⁰ Vgl. E I Art. 615 I und II, E II Art. 628 I und II, E III Art. 611 I und II, so schon aOR Art. 605 I und II. – Für das deutsche Recht entfällt eine Honorarauffüllungspflicht aufgrund der klaren internrechtlichen, auf den Gewinn beschränkten Bezugsbeschränkung gem. § 169 I HGB ohne jede weitere Diskussion.

²¹ Bei entsprechender Verminderung des Kapitalanteils.

²² Vgl. Art. 611 revOR in seiner allgemein akzeptierten externrechtlichen Bedeutung; HARTMANN, N.6 zu Art. 611 OR, SIEGWART, N.30 zu Art. 610/12 OR; ZBJV 53(1917)502 = SJZ 14(1917/18)295; vgl. dazu auch dessen Vorläufer in aOR Art. 605 III und IV, E I Art. 616, E II Art. 628 III, E III Art. 611 III OR.

²³ A.a.O.

Einschränkung, dass das Honorar den Verhältnissen angemessen sein müsse.²⁴

Namhafte Autoren hingegen²⁵ leiten die interne (wenn auch passive) «Auffüllungspflicht»²⁶ in einem weitesten, an sich schon inakzeptablen Sinn²⁷ aus Art. 601 III OR ab und sind aufgrund der klaren Aufzählung daselbst gezwungen, sie auch auf die Honoraransprüche auszudehnen. Dies wird denn auch überwiegend ohne grosses Aufheben in Kauf genommen.²⁸

SIEGWART allerdings, und dies ist eigentlich inkonsequent, lässt die Honorare im Rahmen der internen Beschränkung des Bezugsrechts, die ja auch er auf Art. 601 III OR abstützt, währenddem er Art. 611 OR nur externen, eben haftungsrechtlichen Charakter zumisst,²⁹ ausdrücklich unerwähnt. Vielmehr verweist er im Zusammenhang selbst auf seine früheren Ausführungen im Rahmen der KollG. Dort aber hält er ausdrücklich fest, dass zwar gesellschaftsvertraglich ebenfalls eine Beschränkung des Bezugsrechts, und zwar bezogen auf sämtliche Arten von Ansprüchen, vereinbart werden könne, dass aber eine Festlegung durch Mehrheitsbeschluss nur für Zinsen und Gewinn, nicht aber für Honorare (und Auslagenersatz) zulässig sei.³⁰ Dadurch trägt SIEGWART offenbar einer Tatsache Rechnung, die an sich unbestritten ist: nämlich, dass der Honoraranspruch eine echte Gesellschaftsschuld ist,³¹ ein Anspruch also, auf dessen Befriedigung der Gesellschafter bestimmt rechnen kann.³² Schon aus diesem Grunde ist eine Verquickung mit dem Geschäftsergebnis, auch wenn sie «nur» auf der Ebene des Bezugs stattfindet, undenkbar. Sodann muss für den Kommanditär zumindest bezüglich seiner Honoraransprüche gelten, was für den Kollektivgesellschafter allgemein betreffend Zinsen immer wieder betont wird: nämlich dass dieser Anspruch

²⁴ Ansonst darin wiederum eine versteckte Gewinnbeteiligung erblickt werden müsste.

²⁵ Vgl. u.a. HARTMANN, N.12 und 13 zu Art. 601, N.4 zu Art. 611 OR, SIEGWART, N.8 zu Art. 601, VON STEIGER, 620/21 inkl. N.34, 623 – vgl. aber daselbst N.41!

²⁶ Zur Ablehnung dieses Begriffs an sich samt Begriffsinhalt vgl. vorst. § 2, V 1.3.

²⁷ Vgl. dazu vorst. § 2, V 1.3.1.

²⁸ Vgl. HARTMANN, N.12 und 18 i. V. mit N.16 und 17 zu Art. 601 OR, VON STEIGER, a.a.O., vgl. aber erneut seine N.41 auf S. 623, wo er die Honoraransprüche nicht erwähnt, sondern nur die Gewinne und Zinsen.

²⁹ Vgl. SIEGWART, N.8 zu Art. 601 III, N.22, N.28a zu Art. 610/12 OR.

³⁰ Vgl. N.8 zu Art. 601, N.33 zu Art. 558/60 OR.

³¹ Vgl. vorst. I.

³² So auch HARTMANN, N.2 zu Art. 560 OR.

bezwecke, dem Gesellschafter auch in verlustbringenden Jahren ein standesgemässes Auskommen zu sichern.³³

Die Ausdehnung der an sich schon – m.E. unerlaubt weitgehenden – «Auffüllungspflicht»³⁴ auf die Honorare, leuchtet vollends nicht ein, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die herrschende Lehre als Begrenzung, als «Auffüllungssoll» also, die *Kommanditsumme*, d.h. die im Handelsregister publizierte oder sonstwie kundgegebene Haftsumme – unabhängig von einer gesellschaftsvertraglich tiefer oder überhaupt nicht vereinbarten Kommanditeinlage – annehmen will.

Schliesslich würde die Ausdehnung der Bezugsrechtsbegrenzung auf verdiente Honorare darüber hinaus zur Folge haben, dass der Kommanditär im Innenverhältnis (zwar dispositiv, aber immerhin) strenger angefasst würde als im zwingend geregelten Aussenverhältnis. Eine solche Rechtslage würde jeder Logik entbehren, gar ans Absurde grenzen.³⁵

Zusammenfassend ist festzuhalten: Der Honoraranspruch des Kommanditärs unterliegt keinerlei Bezugsbeschränkung. Darüber hinaus liefert gerade diese Feststellung – zufolge der Erwähnung des Honoraranspruchs in Art. 601 III OR – eines der Hauptargumente³⁶ gegen die Abstützung jeglicher Bezugsbeschränkung – auch der vorliegend bejahten für Zinsen und Gewinne – auf den erwähnten Artikel.³⁷

1.2 Fälligkeit/Vorbezüge

Gemäss Gesetz wird das Honorar per Ende des Geschäftsjahres geschuldet und damit in diesem Zeitpunkt fällig (Art. 559 I OR). Mit Erlaubnis des Vertrages kann es hingegen ohne weiteres schon während des Geschäftsjahres bezogen werden (Art. 559 II OR),³⁸ da der Honoraranspruch, wie ausgeführt, eine vom Geschäftsergebnis vollständig unabhängige Schuld

³³ Vgl. SIEGWART, N.21 zu Art. 558/60 mit weiteren Zitaten, insbes. HUBER, Ber.I, 16, vgl. dazu auch vorst. § 3, IV 1.3 (a.E.).

³⁴ Die eine m.E. unzulässige – wenn auch passive – Kapitalaufbringungs- und weiterhin eine zu Unrecht umfassende Kapitalerhaltungspflicht begründet, insbes. gar im Interesse der Gläubiger! Vgl. vorst. § 2, V 1.3.1.

³⁵ So auch HIRSCH, 167.

³⁶ Zu einem weiteren Argument vgl. nachst. Ziff. 2 (a.E.).

³⁷ Vgl. dazu vorst. § 2, V 1.3.1, sowie nachst. im Schlusswort den Vorschlag de lege ferenda (Art. 601c), welcher eine Bezugsbeschränkung deutlich und ausschliesslich auf Zinsen und Gewinne festlegt.

³⁸ Häufig wird ein eigentliches Salär in Form von regelmässigen Bezügen vereinbart, vgl. z.B. JOB, 48 f.

darstellt.³⁹ Dies im Gegensatz zum Zinsanspruch auch insofern, als die Berechnungsgrundlage unabhängig von einer Bilanz gegeben ist.⁴⁰

1.3. Geltendmachung des Honoraranspruchs

Der fällige Honoraranspruch kann vom Kommanditär ohne weiteres, d.h. ohne Beachtung irgendwelcher Bezugsbeschränkungen⁴¹ gegenüber der Gesellschaft,⁴² im Rahmen der Liquidation gegenüber den einzelnen Komplementären,⁴³ auch klageweise geltend gemacht werden. Im übrigen wird mutatis mutandis auf die Ausführungen betreffend Geltendmachung der Gewinnansprüche verwiesen.⁴⁴

2. Äufnung des Kapitalanteils durch Stehenlassen des Honorars/Grenzen

Dass Honoraransprüche auf Kapitalkonto stehen gelassen werden, mag zwar selten vorkommen, ist als Möglichkeit indes trotzdem nicht auszuschliessen.

Sowohl bei der KollG als auch bei der KG dürfen auch Honorarguthaben wegen der Gefahr der überproportionalen Verschiebung der Gewinnanteile⁴⁵ und Zinsbetroffnisse⁴⁶ den Kapitalanteil des betreffenden Gesellschafters nicht ohne weiteres bzw. in unbeschränkter Höhe erhöhen. Bei der KollG gilt allerdings eine entsprechende gesetzliche Vermutung, d.h. auch verdientes Honorar kann dem Kapitalanteil des Kollektivgesellschafters unbeschränkt gutgeschrieben werden, «sofern nicht einer der anderen Gesellschafter dagegen Einwendungen macht»;⁴⁷ bei der KG hingegen bestimmt wiederum Art. 601 III OR⁴⁸ für den Kommanditär,

³⁹ Vgl. vorst. I.

⁴⁰ Damit entfällt das Erfordernis der ordnungsgemässigen Bilanz, vgl. dazu vorst. § 3, IV 1.4 a priori.

⁴¹ Vgl. dazu vorst. Ziff. 1.1.

⁴² Vgl. z.B. SJZ 14(1917/18)245 (254).

⁴³ Gegenüber allfälligen Mitkommanditären unter Beachtung der Begrenzung des definitiven Verlustanteils, dazu noch nachst. § 10, II 1.

⁴⁴ Vgl. vorst. § 2, V 1.5.

⁴⁵ Soweit der Gewinn nach Massgabe des Kapitalanteils verteilt wird.

⁴⁶ Vgl. dazu vorst. § 2, V 2.

⁴⁷ Vgl. Art. 559 III OR, sowie vorst., a.a.O.

⁴⁸ In seiner ursprünglichen und m.E. einzigen Bedeutung – s. dazu ausführlich vorst. § 2, V 1.3.2 sowie 2, § 3, IV 1.3. sowie 2.

dispositiv, die obere Grenze. Diese besteht auch im vorliegenden Zusammenhang nicht in der – irrtümlich verwendeten – «Kommanditsumme», sondern in der Höhe der vertraglich bedungenen Einlage.⁴⁹ Soweit sich der Kommanditär daher Honorarforderungen, welche den Kapitalanteil über die Höhe der vertraglichen Einlage hinaus äufnen würden, nicht auszahlen lässt, werden sie vermutungsgemäss in gewöhnliche Buchforderungen, d.h. in eigentliche individualrechtliche Forderungen umgewandelt.⁵⁰

Die Ausdehnung des erwähnten Absatzes 3 von Art. 601 OR auf die Honorare geschah übrigens erst durch die parlamentarische Redaktionskommission.⁵¹ Es sollte damit vermutlich eine Übereinstimmung mit dem entsprechenden, vorerwähnten Art. 559 III OR aus dem Rechte der KollG, welcher die «Honorare» übrigens seit jeher daselbst aufgeführt hatte,⁵² erzielt werden.⁵³ Dass Art. 559 III OR ausschliesslich den Umfang des maximal *erlaubten* Stehenlassens beinhaltet, also das Recht und nicht die Verpflichtung dazu, ist unangefochten. Eine Verpflichtung zum Stehenlassen im Sinne einer Bezugsbeschränkung ist bei der KollG einzig für Gewinne vorgesehen und ausschliesslich im nachfolgenden Artikel 560 OR, dem Pendant zu Art. 611 I OR in seiner internrechtlichen Bedeutung,⁵⁴ untergebracht.

Damit stellt die Aufnahme der Honoraransprüche in Art. 601 III OR sowie deren Begründung ein weiteres Argument dar, mit dem die Abstützung einer «Auffüllungspflicht» auf Art. 601 III OR bekämpft werden kann.

⁴⁹ Vgl. dazu ausführlich vorst. § 2, V 2.

⁵⁰ Vgl. auch vorst., a.a.O.

⁵¹ Vgl. dazu vorst. § 2, Fn.79.

⁵² Vgl. schon aOR Art. 557 I.

⁵³ So auch VON STEIGER, 621, N.34, vgl. auch vorst. § 2, V 1.3.1.

⁵⁴ Vgl. vorst. § 2, V 1.3.2.

B Ansprüche nach Eintreten eines Auflösungsgrundes

§ 5 Ansprüche bei Liquidation der Gesellschaft

I. Allgemeines

Die gesetzlichen Auflösungsgründe der KG entsprechen denjenigen der einfachen Gesellschaft (Art. 545 OR),¹ mit der Abweichung, dass weder der Tod² noch die Entmündigung des Kommanditärs die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben (Art. 619 II OR).³ Auch der Kommanditär kann sich auf die Auflösungsgründe berufen, insbesondere auch kündigen oder die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund verlangen (Ziff. 6 und 7 von Art. 545 I OR).⁴ Eine Zurückstellung des Kommanditärs in diesem Zusammenhange wurde bereits bei der Vorbereitung der Entwürfe und bei den Beratungen des Entwurfes III im Parlament ausdrücklich abgelehnt.⁵

Ist ein gesetzlicher Auflösungsgrund im Sinne von Art. 545 OR eingetreten bzw. verwirklicht worden (Urteil des Richters), hat die Liquidation der Gesellschaft stattzufinden. Während der Liquidation besteht die Gesellschaft mit verändertem Zwecke fort, sie behält ihre rechtliche

¹ Vgl. Art. 619 I OR i.V. mit 574 I OR; zu den Ansprüchen im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs vgl. nachst. § 6.

² Das kontroverse Problem der Rechtsstellung eines Erben im Verhältnis zur Liquidationsgesellschaft, – vgl. dazu VON STEIGER, 453 f. – stellt sich somit nicht für den Kommanditär und seine Erben.

³ Zum weiteren gesetzlichen Auflösungsgrund des Konkurses der Gesellschaft (Art. 574 I OR) und den daraus resultierenden Ansprüchen des Kommanditärs vgl. nachst. § 6. Zur – hier nicht besonderes behandelten – liquidationslosen Auflösung der KG durch Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven (nicht zu verwechseln mit Fortsetzung der Gesellschaft nach Ausscheiden eines oder mehrerer Gesellschafter, mit den Rechtsfolgen der Anwachsung) vgl. VON STEIGER, 569, 468, HARTMANN, N.3 zu Art. 610 OR, ausführlich WIKI, 22 ff. – Zum Unterschied zu der Geschäftsübernahme im Rahmen der Liquidation vgl. SIEGWART N.45 ff., insbes. N.46 zu Art. 548/50 OR.

⁴ So SIEGWART, N.2 zu Art. 619 OR, HARTMANN, N.3 und N.4 zu Art. 619 OR, s.a. WIELAND, 771.

⁵ Vgl. HOFFMANN, Ber. II zu E II, 25, StenBullStR 1931/166, s.a. nachst. § 7, Fn. 17.

Identität. Erst nach durchgeführter Liquidation hört sie auf zu existieren und wird im Handelsregister gelöscht.⁶

Die Liquidation⁷ der Gesellschaft kann an sich vertraglich beliebig geordnet werden.⁸ Die gesetzliche Ordnung ist dispositiv. Insbesondere enthält sie auch keinerlei zwingenden Bestimmungen zum Gläubigerschutz.

Auf den Schutz der Gläubiger konnte der Gesetzgeber verzichten angesichts der fünf Jahre über die Veröffentlichung hinaus dauernden persönlichen Haftung⁹ der Gesellschafter.¹⁰ Die Vorschriften der Art. 574 ff. OR dienen daher ausschliesslich ihren internen Auseinandersetzungsinteressen. Anders als beim gesetzlichen Auflösungsgrund des Konkurses, wo der Schutz der Gläubiger auch im Rahmen der Personengesellschaften eine ausschlaggebende Rolle spielt, betrifft die Liquidation der KollG und KG somit nur das Innenverhältnis der Gesellschaft.¹¹

Im folgenden wird die gesetzliche Ordnung der Liquidationsansprüche näher betrachtet. Massgebend auch für die KG sind hiebei aufgrund von Art. 619 I OR die Art. 582 ff. OR aus dem Rechte der KollG mit einigen Ergänzungen betreffend den Kommanditär.

⁶ «Auflösung» i.S. des Gesetzes bedeutet also nicht, dass die Gesellschaft zu bestehen aufgehört hat, vgl. statt vieler BGE 70 II 56.

⁷ Zur Unterscheidung des Begriffes «Liquidation» i.e. und i.w.S. vgl. SIEGWART, N.1 und N.2 zu Art. 548/50 OR, s.a. PINÖSCH, 1 ff.

⁸ Grenze bildet das Gebot des Persönlichkeitsschutzes, insbes. die künftige Handlungsfreiheit, vgl. VON STEIGER, 582, 556.

⁹ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 9, N.66. Diese persönliche Haftung ist bereits im Stadium der Liquidation, genau vom Zeitpunkt der Veröffentlichung der Auflösung der Gesellschaft an, gegeben (Art. 591 I OR). S.a. VON STEIGER, 582.

¹⁰ Auf die ab Auflösung der Gesellschaft gegebene *Belangbarkeit* des Kommanditärs (s.a. VON STEIGER, 575, für den Komplementär) sowie auf die Möglichkeiten der Gläubiger zur separaten Geltendmachung der beschränkten Haftung des Kommanditärs wird nachst. in § 11, IX 1 eingegangen.

¹¹ Vgl. auch WIELAND, 691, zum grundlegenden Unterschied betreffend Liquidation von «freien» (OHG, KG) und «gebundenen» (z.B. AG, GmbH) Gesellschaftsformen. Bei letzteren ist das Vermögen im Interesse der Gläubiger gebunden. Die Liquidation hat daher vorwiegend zwingenden Charakter. Nicht nur die Gesellschafter, auch die Gläubiger haben folglich ein Recht auf Liquidation und auf gewisse Schutzmassregeln zu ihren Gunsten. Kritik an dieser Auffassung bei PINÖSCH, 2; zu den Gläubigerinteressen bei der AG s.a. dens., S.75 ff.

II. Ansprüche während der Liquidationszeit

1. Anspruch auf Abschlagsverteilungen

Gemäss Art. 587 I OR haben die Liquidatoren¹² bei Beginn der Liquidation eine sogenannte Liquidationseröffnungsbilanz aufzustellen.¹³

Diese Bilanz hat ihrem besonderen Zwecke gemäss die Aktiven nicht zu ihren Fortführungswerten einzusetzen, sondern zum mutmasslichen Veräusserungswert, d.h. zum Liquidationswert, unter Wegfall der zum Zwecke der Gewinnverteilung vorgenommenen Abschreibungen.¹⁴ Sie ist sofort zu erstellen; weder darf noch muss ein ordentlicher Bilanztermin abgewartet werden. Gewinne und Verluste gegenüber der letzten Jahresbilanz sind nicht auf die Kapitalkonten der einzelnen Gesellschafter zu verteilen, sondern vorzutragen; das gesamte Liquidationsstadium bildet eine einheitliche Rechnungsperiode.¹⁵

Von den Kommanditären haben die Liquidatoren ausschliesslich die Einwerfung der Kommanditsumme in die Liquidationsmasse¹⁶ im Sinne von Art. 610 II OR zu verlangen. Nach hier vortretener Ansicht steht ihnen hingegen nicht das Recht zu, auch für die Gesellschaft aufzutreten und die Einlage, soweit rückständig, einzufordern.¹⁷

¹² Von Gesetzes wegen nur die Komplementäre, soweit sie zur Vertretung befugt sind, da nur ihnen grundsätzlich die gesetzliche Vertretungsmacht zusteht, s.a. STIFFLER, 71. A.A. KRAMER, 67, soweit die Kommanditäre gewillkürte Vertreter der aktiven Gesellschaft waren; s.a. SJZ 18(1921/22)308 (243) sowie SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1157, für das deutsche Recht. — Der Kommanditär kann jedenfalls durch Gesellschaftsvertrag, Gesellschaftsbeschluss oder durch den Richter zum Liquidator ernannt werden. Er haftet diesfalls unbeschränkt, d.h. unter den Voraussetzungen und Einschränkungen von Art. 605 OR (vgl. nachst. § 12, II 1). — Vgl. auch HARTMANN, N.24 f. zu Art. 619 OR.

¹³ Ob sich das grundsätzliche Mitspracherecht der Kommanditäre im Stadium der Liquidation den Liquidatoren gegenüber verändert, ist umstritten. Für Einschränkung des Widerspruchsrechts von Art. 600 II OR, HARTMANN, N.27 zu Art. 619 OR; a.A. VON STEIGER, 651, ähnlich SIEGWART, N.10 zu Art. 619 i.V. mit N.17 zu Art. 683 OR, s.a. ZR 85(1986)63 betreffend Widerspruchsrecht des Kommanditärs aufgrund von Art. 585 III OR.

¹⁴ Vgl. VON STEIGER, 578, HARTMANN, N.6 zu Art. 587 OR, WIELAND, 702, Anm. 56

¹⁵ Vgl. HARTMANN, N.6 zu Art. 587 OR.

¹⁶ Ungenau SIEGWART, N.40 zu Art. 610/612 OR: Einwerfung an die Liquidatoren.

¹⁷ Vgl. vorst. § 1, VI 2.1, nachst. § 11, IX 2.2. Die Frage nach der allfälligen Einforderung in natura erübrigt sich daher.

Sind die aus der Liquidationsbilanz ersichtlichen Schulden¹⁸ beglichen,¹⁹ eventuelle Rückstellungen für künftige oder streitige Verbindlichkeiten vorgenommen, so dürfen und müssen die Liquidatoren entbehrliche Gelder und andere Vermögenswerte den Gesellschaftern auszahlen bzw. überlassen, unter Anrechnung an den endgültigen Liquidationsanteil. Da die Möglichkeit vollumfänglicher Rückzahlung der Kapitalanteile der Gesellschafter angestrebt wird (Art. 588 I OR), was selbstverständlich auch für den Kommanditär gilt, ist das Verhältnis der (positiven) Kapitalanteile zueinander auch für die Höhe der Abschlagszahlungen massgebend.²⁰ Die Zulässigkeit der Verteilung bzw. die Entbehrlichkeit der Aktiven ist in erster Linie vom Standpunkt des Geschäftes aus zu beurteilen.²¹ Grundlage für Abschlagszahlungen sind jährliche Zwischenbilanzen oder sonstige Bilanzen.²² Die Verteilung ist eine vorläufige. Die Liquidatoren sind berechtigt und verpflichtet, Rückforderungen zu erheben, falls dies die ordnungsgemässe Liquidation erfordert.

Soweit Werte entbehrlich sind, ist der Gesellschafter berechtigt, den Anspruch auf vorläufige Verteilung klageweise durchzusetzen.²³ Passivlegitimiert sind sowohl die Liquidatoren als auch die Gesellschaft.²⁴ In diesem Anspruch ist auch der Anspruch enthalten, von den Liquidatoren über den Stand der Kasse und der sonstigen Liquidationsmasse auf dem laufenden gehalten zu werden.²⁵

Andere als entbehrliche Gelder zur Verteilung zu verlangen, steht den Gesellschaftern jedoch nicht zu. Sie haben insbesondere im Liquidationsstadium keinen Anspruch auf Ausrichtung von Gewinnanteilen. Art. 559 I bzw. Art. 601 II OR gelten nicht mehr.²⁶ Nach Abschluss der Liquidation verbleibt die Verteilung eines allfälligen Überschusses.²⁷

¹⁸ Zu den Passiven der Gesellschaft zählen auch Forderungen, die Gesellschaftern als Dritten zustehen, sowie auch deren Ansprüche auf Ersatz der Aufwendungen i.S. von Art. 537 OR, vgl. VON STEIGER, 465, SIEGWART, N.32 zu Art. 548/50 OR.

¹⁹ Diese Pflicht besteht nur gegenüber den Gesellschaftern – die Gläubiger selbst haben keinen Anspruch darauf, gerade aus den Gesellschaftsaktiven befriedigt zu werden – vgl. SIEGWART, N.34 zu Art. 548/50 OR.

²⁰ Vgl. VON STEIGER, 578, HARTMANN, N.6 zu Art. 568; zum Ausgleich der negativen Kapitalanteile im Rahmen der Liquidation vgl. nachst. IV und § 10, II 2.

²¹ Vgl. ProtExpKomm., 97: Nicht das Bedürfnis der Gesellschafter sei massgebend.

²² Vgl. HARTMANN, N.3 zu Art. 586 OR.

²³ Vgl. SIEGWART, N.16 zu Art. 586 OR.

²⁴ So HARTMANN, N.4 zu Art. 586 OR, BGE 23 I 275.

²⁵ Vgl. SIEGWART, N.16 zu Art. 586 OR.

²⁶ So deutlich das deutsche Recht in § 155 II HGB betreffend Vorzugsdividende und Gewinnrest, vgl. auch HARTMANN, N.2 zu Art. 586 OR.

²⁷ Vgl. nachst. III 2.

Mit Zustimmung aller Gesellschafter kann allerdings die Verteilung beliebig angeordnet werden.²⁸ Obwohl die Bestimmung von Art. 586 II OR indirekt dem Schutze der Gläubiger dient, steht diesen doch kein klagbares Recht daraus zu. Ihnen bleibt höchstens die Möglichkeit betriebsrechtlicher Anfechtung.²⁹

2. Anspruch auf Liquidationszinsen

Aufgrund von Art. 588 I OR sind dem Kollektivgesellschafter Zinsen für die Liquidationszeit geschuldet, sofern dies der Umfang des Netto-Liquidationsvermögens nach Rückerstattung der Kapitalanteile noch zulässt.³⁰ Dies im Unterschied zur werbenden KollG, in welcher Zinsen auch dann gutgeschrieben und ausgerichtet werden, wenn dadurch ein Geschäftsverlust entsteht oder vergrössert wird.³¹ Die Liquidationszinsen gelten also nicht als Geschäftsschulden; sie sind keine echten Zinsen im Sinne der vorstehenden Definition mehr.³²

Zufolge klarer Verweisung von Art. 619 I OR auf die Bestimmungen der KollG über die Liquidation kann ein gesetzlicher Zinsanspruch des Kommanditärs im vorstehenden Sinne zumindest im Liquidationsfalle nicht verneint werden.³³ Darüber hinaus bildet diese Feststellung ein weiteres Indiz für das Bestehen eines – echten – gesetzlichen Zinsanspruches des Kommanditärs auch während werbender Gesellschaft.³⁴

Über die Höhe des Anspruches schweigt sich das Gesetz aus. Es ist anzunehmen, dass vorweg die vertraglich vereinbarte und mangels einer Vereinbarung die gesetzlich normierte Höhe von 4% weitergelten bzw. gelten solle.³⁵ Berechnungsgrundlage ist der Kapitalanteil³⁶ gemäss Liqui-

²⁸ Vgl. SIEGWART, N.16 zu Art. 586 OR, HARTMANN, N.2 zu Art. 586 OR; vgl. auch vorst. I generell zur dispositiven Natur der Vorschriften über die Liquidation.

²⁹ Vgl. SIEGWART, N.16 i.V. mit N.5 zu Art. 586 OR.

³⁰ Vgl. ProtExpKomm, 1928/98 f. Im aOR nicht ausdrücklich erwähnt, von der Praxis jedoch längst anerkannt, vgl. SIEGWART, N.4 zu Art. 588 OR; SJZ 3(1906/7)9 (15), ZR 11(1912)214.

³¹ So SIEGWART, N.4 zu Art. 588 OR, für die KollG.

³² Vgl. vorst. § 3, I.

³³ Auch wenn er während der Dauer der Gesellschaft vertraglich wegbedungen war, vgl. für den Kollektivgesellschafter z.B. HARTMANN, N.5 zu Art. 588 OR, JOB, 83.

³⁴ Wie hier vertreten wird, vgl. vorst. § 3, II.

³⁵ So auch HARTMANN, N.5 zu Art. 588, s.a. N.14 zu Art. 558 OR.

³⁶ Ist er negativ, entfällt ein Anspruch auf Liquidationszinsen, s.a. vorst. § 3, III für die Berechnung des Zinsanspruchs während werbender Gesellschaft.

dationseröffnungsbilanz,³⁷ allfällige Abschlagszahlungen sind allerdings zu berücksichtigen.³⁸ Entsprechend sind die Liquidationszinsen auch erst von diesem Zeitpunkt an geschuldet und nicht etwa ab letzter Jahresbilanz.³⁹ Dies geht auch deutlich aus dem Gesetzestext hervor, wonach Zinsen «für die Liquidationszeit» geschuldet sind (Art. 588 I OR). Der für die Zeit zwischen der letzten Jahresbilanz und der Liquidationseröffnungsbilanz geschuldete Zins ist m. E. bei Aufstellung der letzteren zu berücksichtigen, d.h. entweder dem Kapitalanteil der Gesellschafter, auch des Kommanditärs, zuzuschreiben oder allenfalls direkt auszuzahlen.⁴⁰

Das Entnahmerecht ist entsprechend der Entstehung des Zinsanspruchs beschränkt, d.h. Voraussetzung für die Auszahlung ist das Vorhandensein flüssiger Mittel. Die von SIEGWART⁴¹ propagierte Auszahlung in den durch Gesetz oder Vertrag wie bis anhin vorgesehenen Perioden ist daher unter Umständen problematisch. Sinnvoller erscheint die bereits von der Expertenkommission gebilligte Ermöglichung der Auszahlung aufgrund von Zwischenbilanzen, soweit diese ergeben, dass Mittel vorhanden sind. Allerdings ist auch so eine Auszahlung immer nur im Sinne einer vorläufigen Verteilung möglich.⁴²

III. Ansprüche nach Durchführung der Liquidation

1. Anspruch auf Rückerstattung des Kapitalanteils

Gemäss Art. 588 I OR ist den Kollektivgesellschaftern aus dem nach Tilgung der Schulden verbleibenden Vermögen, d.h. aus dem Netto-Ergebnis der Liquidation, das «Kapital» zurückzuzahlen,⁴³ wie sich das Gesetz etwas ungenau ausdrückt. Gemeint ist unzweifelhaft die Rückerstattung

³⁷ Vgl. ProtExpKomm., 98, JOB, 83; entgegen HARTMANN, N.5 zu Art. 588 OR, nicht gem. letzter Jahresrechnung.

³⁸ So SIEGWART, N.4 zu Art. 588 OR, HARTMANN, N.5 zu Art. 588 OR, vgl. auch vorst. Ziff. 1.

³⁹ So HARTMANN, N.5 zu Art. 588 OR, sowie JOB, 83, ProtExpKomm., 99.

⁴⁰ Wie hier SIEGWART, N.1 zu Art. 587 OR, Botsch.1928/217: Gleiches gilt für Honorarforderungen und Ersatzforderungen für Aufwendungen im Interesse der Gesellschaft.

⁴¹ N.4 zu Art. 588 OR.

⁴² Vgl. ProtExpKomm., 99, s.a. HARTMANN, N.5 zu Art. 588 sowie N.3 zu Art. 586 OR.

⁴³ Der Gesellschafter, auch der Kommanditär, muss also hier mit seinem Anspruch hinter die Gesellschaftsgläubiger zurücktreten, vgl. auch SCHILLING, Anm. 31 zu § 172 HGB.

des Kapitalanteils⁴⁴ der einzelnen Gesellschafter, so wie er aus der Liquidationseröffnungsbilanz hervorgeht, unter Abzug allfälliger Abschlagsverteilungen.⁴⁵ Ist der Kapitalanteil negativ, besteht entsprechend kein Anspruch auf Rückerstattung.⁴⁶ Im Kapitalanteil aber ist der *Wert* der ursprünglichen Einlage, auch der Sacheinlage, immer enthalten.⁴⁷ Somit ergibt sich schon aus Art. 588 I OR, dass der Gesellschafter der KollG und KG, d.h. auch der Kommanditär, keinen Anspruch auf Rückerstattung der von ihm geleisteten ursprünglichen Einlage in natura⁴⁸ und damit auch keinen Anspruch auf Realteilung hat.⁴⁹ Allerdings *kann* die Vergütung des Wertes⁵⁰ unter Umständen durch Zuweisung von noch vorhandenen Sachwerten geschehen.⁵¹ Warum dies «in der Regel weniger gut begründbar» sein sollte gegenüber dem Kommanditär,⁵² ist nicht ersichtlich.

Waren die Sacheinlagen hingegen nur zum Gebrauch eingebracht worden, so fallen sie ohne weiteres an den betreffenden Gesellschafter, unbelastet, zurück,⁵³ allenfalls nicht sofort nach Auflösung der Gesellschaft, sondern erst nach Durchführung der Liquidation.⁵⁴ Ähnliches gilt, falls nur das Verfügungsrecht überlassen worden war und der Gegenstand zur Schuldentilgung nicht benötigt wird.⁵⁵

⁴⁴ So auch VON STEIGER, 579, N.49.

⁴⁵ Dazu vorst. II 1; vgl. auch HARTMANN, N.4 zu Art. 588 OR.

⁴⁶ Zu den Fragen des Ausgleichs, falls auch der Kapitalanteil der Liquidationsschlussrechnung negativ ist, vgl. nachst. IV sowie § 10, II 2.

⁴⁷ Vgl. vorst. § 1, III 3.

⁴⁸ So auch VON STEIGER, 571, 576, 581/82, 651.

⁴⁹ Vgl. VON STEIGER, 465, HARTMANN, N.2 zu Art. 588 OR; BGE 93 II 392; überholt SIEGWART, N.3 zu Art. 588 OR, N.24 und N.39 zu Art. 548/50 OR und seine Verweisungen auf die Vorschriften des Sachenrechts.

⁵⁰ Als ausserordentliche Massnahme aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses, so VON STEIGER, 466, durch Gesellschafts- oder Liquidationsvertrag, vgl. SIEGWART, N.38 zu Art. 558/60 OR.

⁵¹ Im Einklang mit dem Prinzip, dass die Versilberung nur soweit durchzuführen ist, als es die Liquidation erfordert, vgl. Art. 585 I OR – vgl. SIEGWART, N.3 zu Art. 588 OR.

⁵² So SIEGWART, N.10 zu Art. 619 OR.

⁵³ Vgl. VON STEIGER, 466, HARTMANN, N.2 zu Art. 588 OR.

⁵⁴ Vgl. SIEGWART, N.22 zu Art. 531 OR.

⁵⁵ Vgl. SIEGWART, N.17 zu Art. 531 OR.

2. Anspruch auf Verteilung des Liquidationsüberschusses

Überschuss im Sinn von Art. 588 II sowie Art. 549 I OR ist der nach Tilgung der Schulden, Ausrichtung bzw. Berechnung von Zinsen verbleibende Liquidationsgewinn.

Ob sich ein solcher Gewinn ergibt, zeigt die Schlussabrechnung. Im Gegensatz zum deutschen Recht – § 144 HGB – kennt das OR keine Verpflichtung der Liquidatoren zur Aufstellung einer eigentlichen Liquidationsschlussbilanz. Eine solche gäbe im übrigen nur eine Übersicht über die Verhältnisse der Gesellschaft, im Gegensatz zur Schlussabrechnung, die auch die genaue Rechnungsablegung über die Tätigkeit der Liquidatoren enthält.⁵⁶

Ein solcher allfällig resultierender Liquidationsgewinn ist gemäss Art. 588 II OR nach Massgabe der vertraglichen bzw. gesetzlichen Vorschriften über die Gewinnbeteiligung unter die Gesellschafter zu verteilen. Möglich ist, dass der Gesellschaftsvertrag eine spezielle Verteilung der Gewe im Liquidationsfalle vorsieht, dem gleich wie einem einstimmigen Gesellschafterbeschlusse ohne weiteres Folge zu geben wäre.⁵⁷ Häufig ist dieser aus der Liquidation resultierende Gewinn infolge der Auflösung stiller Reserven von bedeutendem Ausmasse. Hierbei wird besonders deutlich, dass der Liquidationsanteil eben nicht dem Kapitalanteil entspricht, sondern ein Vermögensanteil ist, ein realer Anteil am Wert der Gesellschaft in Liquidation.⁵⁸

Bei der KG ist mangels vertraglicher Festlegung im Streitfalle wiederum der Richter zur Gewinnaufteilung zuständig. Dies nach Massgabe der vorstehend⁵⁹ genannten Kriterien. Um jeglichen Zweifeln vorzubeugen, ist hervorzuheben, dass auch der Kommanditär als vollwertiger Gesellschafter (vor allem im Innenverhältnis) einen realen Vermögensanteil zugute hat, d.h. an den allfällig gebildeten stillen Reserven zu beteiligen wäre.⁶⁰

⁵⁶ Vgl. SIEGWART, N.3 zu Art. 587 OR; zu Schlussbilanz/Schlussabrechnung vgl. auch VON STEIGER, 579 inkl. N.48.

⁵⁷ Vgl. auch ProtExpKomm, 99/100, VON STEIGER, 580.

⁵⁸ Vgl. auch vorst. § 1, III 3.

⁵⁹ Vgl. § 2, IV 2.2.

⁶⁰ So ausdrücklich schon Appellationskammer ZH in SJZ 10(1913/14)31 (28); zum endgültig negativen Kapitalanteil in der Schlussabrechnung, vgl. nachst. IV sowie § 10, II 2.

Ein negativer Kapitalanteil⁶¹ in der Liquidationseröffnungsbilanz berechtigt nur insofern nicht auf Beteiligung am Gewinn, als dieser gemäss Gesellschaftsvertrag vom Stand der Kapitalanteile abhängig gemacht worden war.⁶²

IV. Geltendmachung der Ansprüche aus Liquidation/Interner Saldenausgleich

Der Anspruch auf das bestimmte Auseinandersetzungsguthaben, auf den Liquidationsanteil, kann erst nach beendigter Liquidation fällig werden, d.h. mit der Festsetzung des Betreffnisses.⁶³

Die Auseinandersetzung selbst ist noch Aufgabe der Liquidatoren. Insbesondere sind sie zur Rückzahlung des Kapitals sowie zur Verteilung des Liquidationsüberschusses verpflichtet.⁶⁴ Vernachlässigen sie diese Pflicht, kann der einzelne Gesellschafter, auch der Kommanditär, deren Erfüllung nötigenfalls auf dem Klagewege verlangen.⁶⁵

Bezüglich des internen Ausgleichs der Konten, insbesondere der negativen und der positiven Kapitalkonten, ist der Liquidator wohl noch zur Ermittlung der Salden,⁶⁶ nicht aber zu deren Ausgleich verpflichtet, ausser er sei ausdrücklich damit beauftragt.⁶⁷ Er ist aber auch nicht etwa Schiedsrichter; vielmehr gehören Streitigkeiten über den internen Saldenausgleich der Gesellschafter vor den ordentlichen Richter.⁶⁸ In aOR Art. 584 II war

⁶¹ Zum durchaus möglichen negativen Kapitalanteil eines Kommanditärs vgl. nachst. § 9, V 2.

⁶² Vgl. vorst. § 2, IV 1.

⁶³ Vgl. HARTMANN, N.3 zu Art. 587 OR, SIEGWART, N.17 zu Art. 591/93 OR, WIELAND, 703.

⁶⁴ Vgl. Art. 588 I OR, HARTMANN, N.3 zu Art. 587 OR.

⁶⁵ Vgl. HARTMANN, N.3 zu Art. 587 OR.

⁶⁶ Vgl. HARTMANN, N.3 zu Art. 587, N.22 zu Art. 585, N.7 zu Art. 588 OR, ähnlich SIEGWART, N.7 zu Art. 548/50, etwas weitergehend in N.24 zu Art. 533 OR. – Ebenso wohl von der Konkursverwalter nach abgeschlossenem Konkurs, vgl. dazu TELKAMP, 25.

⁶⁷ So VON STEIGER, 581, SJZ 22(1925/26)217 (183); gleich für das deutsche Recht HUECK, 136, KNÖCHLEIN, 368, U. HUBER, 268 inkl. Zitate in N.17.

⁶⁸ Keinesfalls kann jedoch umgekehrt dieser interne Ausgleich vor Abschluss der eigentlichen Liquidation durchgeführt werden, so z.B. Rep. 108(1975)291 (für eine einfache Gesellschaft).

dies noch ausdrücklich festgehalten, wurde aber im Rahmen der Revision, selbstverständlich und unnötig, gestrichen.⁶⁹

Gläubiger und Schuldner der internen Ausgleichsansprüche, die echte Forderungen bzw. echte Schulden darstellen,⁷⁰ sind vielmehr die Gesellschafter selbst.⁷¹ Entsprechend sind sie gegenseitig aktiv- bzw. passivlegitimiert. Der Kommanditär allerdings kann nur in beschränktem Ausmasse Beklagter sein, denn seine definitive Verlusttragungspflicht ist – gesetzlich, dispositiv – beschränkt auf seine vereinbarte Einlage.⁷² Für den Fall der Auflösung der Gesellschaft riskiert er somit äusserstenfalls, «dass er seine rückständige Einlage nachzahlen muss und seine bezahlte Einlage nicht mehr zurückbekommt».⁷³ Einen allfällig eigenen negativen Kapitalanteil⁷⁴ hat der Kommanditär – immer unter Vorbehalt anderweitiger Abmachung sowie seiner voll geleisteten Einlage – keinesfalls auszugleichen. Sein Minus wird vielmehr auf die Komplementäre – unter Umständen zu einem wiederum beschränkten Teil auf sonstige Kommanditäre – umgelegt und zwar im Verhältnis ihrer Verlustbeteiligung.⁷⁵ Positiv gewendet bedeutet dies im einzelnen, dass der Kommanditär nur insofern und nur insoweit Beklagter sein kann, als er

- einerseits seine Einlage bzw. einen Teil davon zufolge Rückzahlung seines positiven Kapitalanteils aus der Liquidation zurückerhalten hat,
- anderseits seine gegenüber der Kommanditsumme überschliessend vereinbarte Einlage noch nicht geleistet hat. Dieser allfällig rückständige Überschuss kann im Rahmen der eigentlichen Liquidation nach hier vertretener Ansicht⁷⁶ weder von den Liquidatoren, als ausschliesslichen Vertretern der Gläubigerschaft, noch von den Mitgesellschaftern eingefordert werden. Im Rahmen der internen Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern hingegen muss dieser Ausgleich stattfinden können.

Aktivlegitimiert sind Komplementäre, die ihrerseits einen positiven Kapitalanteil, also eine Forderung gegenüber Mitgesellschaftern, aufweisen.

⁶⁹ Vgl. HARTMANN, N.4 zu Art. 587 OR, SIEGWART, N.2 zu Art. 588 OR, StenBullStR 1931/160.

⁷⁰ Vgl. ausführlich nachst. § 10, II 2.

⁷¹ So VON STEIGER, 581, nachst. a.a.O.

⁷² Vgl. Art. 601 I OR samt hier vertretener und nachst. in § 10, II 1 begründeter Auslegung.

⁷³ Vgl. U. HUBER, 282, s.a. KNÖCHLEIN, 371, WIELAND, 747.

⁷⁴ Vgl. dazu Fn.61 vorst.

⁷⁵ Vgl. zu den Auswirkungen der Verlusttragungsregeln im Liquidations- und Ausscheidensfalle eingehend nachst. § 10, II 2, s.a. KNÖCHLEIN, 371.

⁷⁶ Vgl. vorst. § 1, VI 2.1 und 2.3.

Die Verjährung der Ansprüche der Gesellschafter unter sich richtet sich im übrigen nicht etwa nach Art. 591 OR, der fünfjährigen Frist für nicht befriedigte bzw. separat vorgehende Gläubiger, sondern nach den jeweils geltenden, der Rechtsnatur der Forderung entsprechenden Verjährungsvorschriften.⁷⁷

⁷⁷ Vgl. nachst. § 11, VII 2.1.2, sowie statt vieler SIEGWART, N.16 zu Art. 591/93 OR.

§ 6 Ansprüche im Konkurs der Gesellschaft

I. Allgemeines

Der Konkurs der KG bewirkt deren Auflösung;¹ die Auflösung führt zur Belangbarkeit des Kommanditärs. Die wesentlichen Folgen eines Gesellschaftskonkurses liegen daher auf dem Gebiete der Haftung.² Doch sind auch Ansprüche eines Gesellschafters, inbegriffen des Kommanditärs, der Gesellschaft gegenüber denkbar.³ Sie gehören alsdann zu den Passiven der Konkursmasse der Gesellschaft.⁴ In Frage kommen allerdings nur Ansprüche, bei denen der Kommanditär der Gesellschaft als Dritter gegenübersteht.

II. Individualrechtliche Ansprüche

Zu den individualrechtlichen Ansprüchen gehören vorweg Ansprüche aus – ab ovo – *aussergesellschaftlichen* Gründen: wie Darlehen, Mietzins aus einer entgeltlich zur Verfügung gestellten Liegenschaft, Verkauf eines Objektes etc., aber auch gewisse Ansprüche, die aus dem Gesellschaftsverhältnis herrühren: wie Ansprüche auf Auslagenersatz,⁵ auf Honorar pro rata temporis bis zum Konkursausbruch – unabhängig davon, ob auf dem Gesellschaftsvertrag oder einem separaten Arbeitsvertrag beruhend –,⁶

¹ Vgl. Art. 619 i. V. mit Art. 574 I OR.

² Vgl. dazu nachst. § 11, IX 1.1.

³ Für die anschliessende Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern, den sogenannten Saldenausgleich, kann auf die Ausführungen in § 5, IV sowie § 10, II 2 verwiesen werden.

⁴ Im Konkurs des Komplementärs hingegen beurteilen sich allfällige Forderungen des Kommanditärs, abgesehen wiederum von rein individualrechtlichen Forderungen, ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt des Rückgriffes. So auch HARTMANN, N.11 zu Art. 616 OR, SIEGWART, N.13 zu Art. 601 OR.

⁵ Gemäss HARTMANN, N.22 zu Art. 570 OR in einem weiten Sinne.

⁶ Grenze dort, wo er zum Bestandteil der Kapitaleinlage geworden ist – Art. 601 III OR, vgl. vorst. § 4, III 2.; SIEGWART, N.23 zu Art. 570 OR, HARTMANN, N.21 zu Art. 570 OR, s.a. BLUMENSTEIN, 359.

sowie insbesondere der noch offene Anspruch des ausgeschiedenen Kommanditärs auf Leistung einer Abfindung, der jedoch nach hier vertretener Auffassung trotz seiner gesellschaftsrechtlichen Wurzeln schuldrechtlicher Natur ist.⁷ Bei den übrigen Ansprüchen aus dem Gesellschaftsvertrag bzw. aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses ist zu differenzieren.

III. Sozialrechtliche Ansprüche

Für die Anmeldung rein *sozialrechtlicher* Ansprüche ist im Konkurs der Gesellschaft kein Raum. Insbesondere kann die bereits *geleistete* Kommanditeinlage gemäss Art. 616 II OR⁸ nicht zurückgefordert werden.⁹ Dasselbe gilt für Kollektivgesellschafter und Komplementäre gemäss Art. 570 II OR, und zwar auch dann, wenn die Einlage aus nicht pfändbaren Vermögenswerten geleistet wurde.¹⁰ Diese sozialrechtlichen Ansprüche, zu welchen gemäss Gesetz (Art. 570 II OR) ausdrücklich auch die laufenden Zinsen gehören, machen eben gerade das haftbare Gesellschaftsvermögen, das Haftungssubstrat selbst aus.

Sofern im übrigen sozialrechtliche Ansprüche zu *individualrechtlichen* geworden sind,¹¹ sind sie ebenfalls im Konkurs der Gesellschaft anmeldbar. Dies gilt gemäss Art. 570 II OR einmal für Ansprüche auf verfallene

⁷ Vgl. dazu ausführlich nachst. § 7, III 2. Wie hier BOLLMANN, 86, SCHÄEDLER, 11/12, sowie HARTMANN, N.18 zu Art. 570 OR, einschränkend SIEGWART, N.26 zu Art. 570 OR: ein sofort fälliger Anspruch bleibe den Gläubigern verfangen – eine weitere unbefriedigende Konsequenz seiner abweichenden Meinung, s.a. N.28 zu Art. 580 OR; wie hier im Konkursfall bereits WIELAND, 719, heute allgemein herrschende Meinung im deutschen Recht gem. SCHMIDT, 143 (mit Hinweisen in Anm. 88), s.a. KEUK, 424.

⁸ Unabhängig von der internen Verlusttragungspflicht, welche höchstens zu Regressansprüchen Anlass gibt. So ausdrücklich SIEGWART, N.7 zu Art. 610/12, N.22 zu Art. 570 OR, HARTMANN, N.19 zu Art. 570 OR; gleich z. B. SCHMIDT, 141, für das deutsche Recht. – Anders für den stillen Gesellschafter, REICHWEIN, 359, 2.Sp., soweit seine Einlage den auf ihn fallenden Anteil am Verlust übersteigt.

⁹ Im aOR lautete der bezügliche Art. 608: «Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch die Kommanditsumme.» Auch nach damaligem Recht war somit – zumindest – der der Kommanditsumme entsprechende Betrag den Gläubigern verfangen im Konkursfalle. Unpräzise daher BGE 42 II 128, welcher festhielt, dass dem Kommanditär die «Kommandite oder ein Teil derselben» nicht zustehe, weil eine Unterbilanz der Gesellschaft vorliege.

¹⁰ Vgl. SIEGWART, N.22 zu Art. 570; BGE 27 I 134.

¹¹ Zu der Möglichkeit einer entsprechenden Verrechnungseinrede im Konkurs vgl. nachst. § 11, IX 2.4.3.1.3.

Zinsen.¹² Allerdings kommen nur die Zinsen des dem Konkursausbruch vorangehenden Jahres in Frage.¹³ Die früheren sind entweder zu aussergesellschaftlichen Forderungen, als solche ohne weiteres anmeldbar im Konkurs,¹⁴ oder zum Bestandteil der Einlage geworden.¹⁵ Das Gesagte gilt analog für die Gewinnansprüche. In beiden Fällen wird allerdings eine Ausnahme zu gelten haben, wenn die Ansprüche nur zufolge einer von der gesetzlichen Bezugsbeschränkung abweichenden Vereinbarung¹⁶ geltend gemacht werden könnten, denn mit den in Abweichung dieser Begrenzung getätigten Bezügen haftet der Kommanditär erneut gemäss Art. 611 I OR in seiner externrechtlichen Bedeutung. Eine Zulassung entsprechender Forderungen im Stadium der Haftungsverwirklichung wäre widersprüchlich und sinnlos.¹⁷

IV. Anspruch auf Rückerstattung der überschüssenden Kommanditeinlage?

Was gilt bezüglich einer bereits geleisteten¹⁸ *überschüssenden*, d.h. den Betrag der vereinbarten und kundgegebenen Kommanditsumme übersteigenden, «Einlage»? Gehört sie zu den Aktiven oder zu den Passiven der Konkursmasse?

¹² Nicht ganz logisch gem. BLUMENSTEIN, 356, aufgrund der akzessorischen Natur dieser Ansprüche; ausdrücklich anerkannt jedoch auch für den Kommanditär, ders. S.359.

¹³ So SIEGWART, N.24 zu Art. 570 OR.

¹⁴ S.a. HARTMANN, N.19 zu Art. 570 OR, vorst. II.

¹⁵ Und bleiben folglich den Gläubigern verhaftet; vgl. vorst. im Text sowie nachst. IV.

¹⁶ Welche auch durchaus zulässig ist, vgl. dazu vorst. § 2, V 1.1, § 3, IV 1.1.

¹⁷ Gl.A. SIEGWART, N.4 zu Art. 616, N.36 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.10 zu Art. 616 OR. Entgegen SIEGWART, a.a.O. gilt jedoch das Ausgeführte m.E. nicht für Abfindungsansprüche, auch wenn der Kommanditär kurz zuvor aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Vgl. dazu vorst. Fn.7 und nachst. § 7, III 2.

¹⁸ Ist der Überschuss nur versprochen, stellt sich das hier aufgeworfene Problem überhaupt nicht. Vgl. v.a. den Text von Art. 616 II OR, gl. schon unter dem aOR VOLLENWEIDER, 97. Problematisch die Gewährung der Einreden durch SIEGWART in N.3 und 5 zu Art. 616 OR, obwohl er klar anerkennt, dass ein «entsprechender, noch offener überschüssender Beitrag» als Internum nicht von der Konkursverwaltung eingefordert werden könne, vgl. SIEGWART, N.3 zu Art. 616, N.7 und 35 zu Art. 610/12 OR. Anders gemäss deutschem Recht: Doppelaufgabe des Konkursverwalters, vgl. WIELAND, 745 Anm. 5, 761, BOHNENBERG, Anm. V zu § 171 HGB.

Bewusst wird der Begriff der Einlage hier in Anführungszeichen gesetzt. Denn gerade die rechtliche Qualifikation des Überschusses über die Kommanditsumme hinaus ist für die Beantwortung der obigen Frage entscheidend. Insofern ist die Frage selbst – obwohl häufig in dieser Form anzutreffen – eigentlich falsch gestellt.

Handelt es sich bei dem fraglichen Überschuss wirklich um eine *Einlage* des Kommanditärs,¹⁹ d.h. um der Gesellschaft im Sinne von haftendem Kapital zur Verfügung gestellte Mittel – sei es, dass die interne Kommanditeinlage von Anfang an vertraglich höher als die Kommanditsumme vereinbart wurde, sei es, dass der Kapitalanteil durch erlaubtes Stehenlassen von Gewinn, Zinsen oder Honorar²⁰ über den Betrag der vereinbarten Einlage hinaus vermehrt wurde – gehört sie zum Gesellschaftsvermögen, zu den Aktiven der Gesellschaft also und kann vom Gesellschafter im Stadium des Konkurses nicht mehr zurückgefordert werden.²¹

Aus Art. 616 II OR ergibt sich dies allerdings nicht mit letzter Klarheit. Diese Bestimmung, insbesondere die Worte «was der Kommanditär auf Rechnung seiner Kommanditsumme geleistet hat», könnten durchaus auch so verstanden werden, dass zwar dem Gesellschaftsgläubiger verhaftet bleibe, was der Kommanditär im Sinne einer sozialrechtlichen Leistung in das Gesellschaftsvermögen eingeworfen habe, aber nur *bis zum* Betrage der Kommanditsumme. Diese Interpretation würde auch einer gewissen Logik nicht entbehren, ist doch *prima vista* nicht unbedingt verständlich, dass gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger im Konkurs, im Rahmen der Haftung also, die geleistete internrechtliche Einlage und nicht der Betrag der Kommanditsumme den Umfang der Haftung begrenzen solle. Indes kommt hier die nachstehend²² beschriebene, primäre Haftung des Kommanditärs zum Zuge, nämlich die Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen.²³ Diese ist direkt/primär und unbeschränkt.²⁴

¹⁹ Zum Begriff vgl. vorst. § 1, II.

²⁰ Art. 601 III OR, vgl. dazu vorst. § 2, V 2, § 3, IV 2, § 4, IV 2.

²¹ Vgl. SIEGWART, N.3 und N.4 zu Art. 616/17, N.7 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.4 und N.9 zu Art. 616, N.4 zu Art. 608 OR, VON STEIGER, 644, FURRER, 208, FUNK, N.1 zu Art. 616 OR, SIMON, 25, 60, BISCHOFF, 24, 148, N.2; s.a. WIELAND, 539, 757, Anm. 3, KEUK, 427, Anm. 39.

²² Vgl. § 11, V 1.

²³ Gem. SIMON, 25 f., eine Haftung aus einem von der KG abgeleiteten Recht.

²⁴ Genau wie diejenige des Komplementärs – vgl. entsprechend Art. 570 II OR. – Kritik an der im Text übernommenen Terminologie bei SIMON, 60, N.26 (s.a. vorst. Fn.). Zutreffender wäre es wohl, den Begriff der «unbeschränkten Haftung» ausschliesslich der unbeschränkt-persönlichen Haftung des Kommanditärs (vgl. die Fälle in Art. 605/07 OR, nachst. § 12) vorzubehalten.

Dass die Verhaftung auch der überschüssenden Einlage (im eigentlichen Sinn) gemeint war, ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus den Materialien,²⁵ wonach die Ständeratskommission durch die «neue Formulierung der Erwägung Rechnung tragen wollte, dass die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte, interne Beteiligung höher sein kann, als die im Handelsregister eingetragene Kommanditsumme». Die umständliche und missverständliche Formulierung war – wie schon aus den Beratungen der Expertenkommission hervorgeht – nur deshalb nötig geworden, weil man den hier eben einzig zutreffenden Begriff der *Kommanditeinlage*,²⁶ welche auch den Fall der die Kommanditsumme überschüssenden Einlage mitenthalten hätte, unbedingt vermeiden wollte!²⁷

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass eine überschüssende Einlage sensu technico, soweit sie geleistet war, ohne Zweifel der Konkursmasse verhaftet bleibt.²⁸

Liegt hingegen eine *zusätzliche Leistung* des Kommanditärs an die Gesellschaft in Form eines Darlehens z.B. vor, so ist der Überschuss als individualrechtliche Forderung zu qualifizieren, als Passivum der Gesellschaft also, welche der Kommanditär wie jede aussergesellschaftliche Forderung auch im Konkurs der Gesellschaft geltend machen kann.²⁹

Welche Rechtsnatur ist zu vermuten? Wo liegt die Beweislast? Art. 616 II OR selbst führt hier nicht weiter, denn diese Bestimmung sagt wie erwähnt nur, dass eine echte Einlage des Kommanditärs der Konkursmasse verfangen bleibe. Vermutungen betreffend Rechtsnatur der Kommanditärforderungen stellt hingegen Art. 601 III OR auf.³⁰ Eine sozialrechtliche Leistung ist demgemäss bis zum Betrag der vereinbarten internrechtlichen Einlage, eine aussergesellschaftliche Leistung bei darüber hinausgehenden Leistungen des Kommanditärs zu vermuten. Will der Kommanditär also einen Teil seiner Leistungen aus der Konkursmasse herauslösen, muss er die vereinbarte Höhe seiner Kommanditeinlage nachweisen. Ist sie mindestens so gross oder grösser als die Kommandit-

²⁵ Vgl. StenBullStR 1931/166.

²⁶ So noch E I Art. 619 I, E II Art. 631 II.

²⁷ Vgl. ProtExpKomm, 141 ff., insbes. 142/43; so auch HARTMANN, N.1 zu Art. 616 OR.

²⁸ Vgl. hiezu den Versuch einer unmissverständlichen Formulierung de lege ferenda (Art. 616 II), nachst. im Schlusswort.

²⁹ Vgl. StenBull 1931/166, SIEGWART, N.4 zu Art. 616 OR e contrario, HARTMANN, N.10 zu Art. 616 OR.

³⁰ Vgl. auch vorst. § 2, V 2.

summe³¹ und übersteigen die vom Kommanditär in das Gesellschaftsvermögen erbrachten Leistungen die vereinbarte Einlage, so gilt für diese Differenz die Vermutung von Art. 601 III OR, d.h. pro gewöhnliches Guthaben im Sinne einer individualrechtlichen Forderung.³² Diese Vermutung zu widerlegen läge an der Konkursverwaltung.³³

³¹ Ist sie kleiner, kommt für die Differenz die Haftung zum Zuge und entfällt eine Rückforderungsmöglichkeit a priori.

³² So auch HARTMANN, N.14 zu Art. 601 OR; diese gesetzliche Vermutung übersieht vermutlich VON STEIGER, 611/12, 621.

³³ Nicht so klar StenBullStR 1931/166: Beweislast des Kommanditäre, ohne Differenzierung, ähnlich HARTMANN, N.10 zu Art. 616 OR.

C Ansprüche bei Ausscheiden des Kommanditärs

§ 7 Abfindungsanspruch des Kommanditärs bei ersatzlosem Ausscheiden zu Lebzeiten

I. Allgemeines/Definitionen

Das Gesetz selbst verwendet im Rahmen der Personengesellschaften den Begriff «*Abfindung*» nicht, wohl aber bei der GmbH (Art. 822 IV OR) und bei der Genossenschaft (Marginale zu Art. 864 sowie Art. 865 OR). Bei der KollG, deren Bestimmungen mangels Spezialregelung auch in diesem Zusammenhang voll auf die KG anwendbar sind, gebraucht es den Ausdruck «*Anteil am Gesellschaftsvermögen*» (Art. 577, 578 und 579 OR). In Literatur und Judikatur hat sich indes der Ausdruck «*Abfindung*», «*Abfindungsanspruch*» für alle Gesellschaftsformen eingebürgert. Er soll daher auch in dieser Arbeit für das Auseinandersetzungsguthaben, das dem ausscheidenden Gesellschafter, insbesondere dem Kommanditär, aus dem Gesellschaftsvermögen zusteht, Anwendung finden.¹

Der Begriff «*Ausscheiden*» wird in Literatur und Judikatur vielfältig verwendet. Im vorliegenden Zusammenhang soll darunter vorweg, im Einklang mit dem Gesetz (Marginale zu Art. 576 ff. OR),² sowohl das Ausscheiden durch Übereinkunft (Art. 576 OR),³ d.h. Ausscheiden in

¹ Gleichwertig verwendet, vor allem im deutschen Recht, der Ausdruck «*Abschichtung*» (und entsprechend «*Abschichtungsbilanz*»), vgl. SCHÄDLER, 7 f., 9 f., zu den verschiedenen Bedeutungen der Begriffe *Abfindung* und *Abschichtung* (als Vorgang, Ergebnis, Rechtsinstitut), vgl. BOLLMANN, 78 ff.; *Abschichtung* umfasst gemäss VON STEIGER, 416, das *Ausscheiden* und dessen Folgen, gemäss HARTMANN, N.3 zu Art. 580 OR, den Vorgang, bei dem der Anteil am Gesellschaftsvermögen in Geld «*auszurichten*» ist. M. E. ist der Ausdruck *Abfindung* prägnanter, mehr auf den Punkt des *Ausscheidens* bezogen, *Abschichtung* deutet eher auf den Zeitraum hin, was punkto Rechtsnatur das Gesellschaftsähnliche insinuieren könnte. – Auch im Zusammenhang mit der Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven wird (ab und zu) der Begriff der *Abfindung* verwendet, vgl. z.B. BGE 69 II 38. Auf die besonderen Probleme in diesem Zusammenhang kann vorliegend nur vereinzelt eingegangen werden.

² Vgl. auch z.B. StenBullStR 1931/158 zu Art. 581 OR.

³ Zu der etwas unglücklichen bzw. nichtssagenden Formulierung vgl. SIEGWART, N.1 zu Art. 576 OR.

einem engen Sinne, als auch die Ausschliessung des Gesellschafters aus der mehr- oder zweigliedrigen Gesellschaft verstanden werden (Art. 577, 578 und 579 OR), aber auch das Ausscheiden des Kommanditärs durch Tod,⁴ nicht hingegen der Wegfall der persönlichen Mitwirkung des Kommanditärs wegen Entmündigung,⁵ zusammengefasst also die «Beendigung⁶ der Mitgliedschaft bei einer fortbestehenden Gesellschaft».⁷ Die erwähnten gesetzlichen Bestimmungen (Art. 576 ff. OR) haben ein einziges Ziel im Auge, nämlich die Erhaltung der Gesellschaft (unter anderem durch Entfernung störender Elemente), bzw. die Abwendung der Auflösung und Liquidation derselben, insbesondere des allenfalls von ihr betriebenen Unternehmens.⁸

«Ausscheiden» einheitlich im vorgenannten Sinne zu verwenden rechtfertigt sich umso mehr, als sich die hier behandelte vermögensrechtliche Folge für den Ausscheidenden⁹ – nämlich Rechtsnatur, Voraussetzungen, Umfang des Abfindungsanspruches (bzw. allenfalls einer Abfindungsschuld) –¹⁰ in allen erwähnten Fällen nach den gleichen Grundsätzen richtet, d.h. insbesondere nach Art. 580 OR.¹¹ Soweit Abweichungen bestehen, werden sie am geeigneten Orte vermerkt.

Lediglich das Ausscheiden des Kommanditärs durch Tod erfährt seiner besonderen Folgen wegen im folgenden Paragraphen eine separate Behandlung.

⁴ Vgl. dazu nachst. § 8.

⁵ Vgl. dazu nachst. § 8, II (a.E.).

⁶ Nicht zum Ausscheiden im hier verstandenen Sinne führt die Übertragung der Mitgliedschaft.

⁷ So BOLLMANN, 4. – Ausnahmsweise i.S. der Fortsetzung des *Geschäftes*, sofern nur ein Gesellschafter verbleibt, vgl. dazu WIKI, 22, 43.

⁸ Ähnlich auch Art. 575 OR, mit dem Unterschied aber, dass zwar wohl die Gläubiger befriedigt werden, der Gesellschafter aber nicht ausscheidet; die Gesellschaft also auch vor der Auszahlung einer – oft höheren – Abfindungssumme bewahrt wird. Zum Kündigungsrecht der Gläubiger s.a. BOURQUIN, 64 ff.

⁹ Gleich sind die Folgen auch für die fortsetzenden Gesellschafter. Für sie gilt der Grundsatz der Anwachsung aufgrund der fortbestehenden Identität der Gesellschaft, vgl. statt vieler VON STEIGER, 554, LIVER, 263 f., H. HUBER, Handänderungsgebühren, 243, WIKI, 52 f. (auch bei der Fortsetzung durch einen Gesellschafter, so auch HALBHERR, 73 ff – im Gegensatz zur Geschäftsübernahme; letztere Unterscheidung wenig klar bei H. HUBER, Handänderungsgebühren, 245); s.a. Sem. jud. 100 (1978) 505; für das deutsche Recht ausdrücklich § 73 I HGB.

¹⁰ Zu deren Irrelevanz für den Kommanditär vgl. nachst. Ziff. 2.3.1 sowie § 10, II.

¹¹ Vgl. VON STEIGER, 416, N.197, 419, 565 betr. Art. 579 OR, 560 betr. Ausschliessung generell, 562 betr. Ausschliessung wegen Zahlungsunfähigkeit, sodann HARTMANN, N.8 zu Art. 578, N.12 zu Art. 577, N.10 zu Art. 579 OR; vgl. ZR 64(1965)147 betr. Art. 579 OR, WIKI, 55 ff., HAUSHERR, 81 ff.

Allgemein gelten für das Ausscheiden des Kommanditärs die gleichen Voraussetzungen und Folgen wie für den Komplementär. Auch dem Kommanditär ist der ihm entgehende Liquidationsanspruch durch den Abfindungsanspruch zu ersetzen.

II. Ausscheidensgründe als Voraussetzung des Abfindungsanspruches

Zum besseren Verständnis des Abfindungsanspruchs folgen nachstehend kurz einige Ausführungen über die Ausscheidensgründe, bezogen vor allem auf den Kommanditär.

1. Kündigung der Mitgliedschaft durch den Kommanditär

Die Vereinbarung der Fortsetzung der Gesellschaft¹² bei Ausscheiden eines Gesellschafters (Art. 576 OR) ist vor allem für den Fall der Kündigung eines Gesellschafters zweckmässig und verbreitet. Auch für den Kommanditär spielt diese Möglichkeit einer vertraglichen Kündigung der Mitgliedschaft,¹³ eines freien Austrittsrechtes sozusagen,¹⁴ unter Fortbestehen der Gesellschaft,¹⁵ eine wichtige Rolle, denn auch der Kommanditär zieht es häufig vor oder ist sogar darauf angewiesen, das Ergebnis der Liquidation nicht abwarten zu müssen.¹⁶

Dass der Kommanditär durch seine Kündigung nur sein eigenes Ausscheiden, nicht aber die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft

¹² Zur Fortsetzungsklausel s. noch nachst. § 8, II, sowie DORSCHIED, 74.

¹³ Zur Möglichkeit des vertraglichen Ausschlusses der Kündigung vgl. ZACH, 102 ff., zur Begrenzung durch Art. 27 II ZGB ders., 107, 110 ff.

¹⁴ Vgl. in diesem Sinne HARTMANN, N.6 zu Art. 576 OR, VON STEIGER, 554 und 413.

¹⁵ Im scharfen Gegensatz zur Kündigung der *Gesellschaft* i.S. von Art. 545 Ziff. 6 OR, d.h. mit der Folge der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft, vgl. zur Unterscheidung auch SCHAEGLER, 15, vgl. aber demgegenüber S.53.

¹⁶ Die Möglichkeit eines «partiellen» Austritts ist auch für den Kommanditär abzulehnen; das zitierte Beispiel von GUHL/MERZ/KUMMER, 599, (ähnlich SPÖRRI, 151), gehört m.E. – entgegen VON STEIGER, 646, N.3 – ausschliesslich ins Gebiet der Haftung, vgl. dazu nachst. § 11, VI 3.2, bei Fn.105 f.

bewirke, liegt im übrigen durchaus auch im Interesse der Gesellschaft bzw. der übrigen Gesellschafter selbst.¹⁷

Das Kündigungsrecht des Kommanditärs kann hingegen im einzelnen ohne weiteres abweichend von demjenigen des Komplementärs oder von anderen Kommanditären geregelt werden.¹⁸ Solche Unterschiede können gerade bei Vorliegen von zwei verschiedenen Gesellschafterkategorien äusserst gerecht sein.¹⁹ Allerdings ist ein Kündigungsrecht für den Fall, dass die Kommanditeinlage ganz oder teilweise verloren ist,²⁰ sinnlos, denn zumindest hievor ist der Kommanditär bereits von Gesetzes wegen (Art. 601 I OR)²¹ geschützt. Mit anderen Worten, mehr als die Einlage kann er – andere vertragliche Vereinbarung vorbehalten – auch im Liquidationsfalle nicht verlieren.²²

Allgemein darf die Kündigungsmöglichkeit des Kommanditärs nicht durch allzu ungünstige Gestaltung der vermögensrechtlichen Folgen illusorisch gemacht werden.²³ Insbesondere gilt dies bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer.

Nicht erforderlich ist eine Übereinkunft mit dem Kommanditär für den Fall seines Todes, jedenfalls nicht zwecks Fortsetzung unter den verbleibenden Gesellschaftern,²⁴ wohl aber zur Fortsetzung mit den Kommanditärerben.

¹⁷ Dass der Kommanditär durch Kündigung im Sinne von Art. 545 I Ziff. 6 überhaupt eine Auflösung der Gesellschaft solle herbeiführen können, wurde im Laufe der Beratungen heftig bekämpft. Schliesslich wurde ihm aber dieses Recht – sinnvollerweise – doch zugestanden. Vgl. HOFFMANN, Ber.II, 25, ProtExpKomm, 143-45, Botsch.1928/224, StenBullStR 1931/166, SIEGWART, N.2 zu Art. 619 OR; indirekt schon BGE 20/595 ff., s.a. BGE 24 II 201, SJZ 24(1927/28)119, 52(1956)28 (11). Zur Kritik am Institut der Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund durch den Richter, insbes. auch wegen der Härten und Unsicherheiten, die die überwiegend anerkannte «ex tunc»-Wirkung des Urteils mit sich bringt, vgl. SAXER, 93 f.

¹⁸ Vgl. u.a. SIEGWART, N.19 zu Art. 545 OR. Grenze: Verstoss gegen die guten Sitten, vgl. BGE 39 II 544.

¹⁹ S.a. U. HUBER, 331.

²⁰ So HARTMANN, N.3 zu Art. 619 OR.

²¹ Samt hier vertetener Auslegung des Begriffes «Kommanditsumme», dazu nachst. § 10, II 1.

²² Vgl. hiezU U. HUBER, 328, sowie vorst. § 5, IV und nachst. § 10, II.

²³ Vgl. dazu auch nachst. IV 1. zu den Grenzen der Abfindungsvereinbarungen.

²⁴ Nach hier vertretener Ansicht, vgl. nachst. § 8, I und II.

2. Ausschlussung des Kommanditärs

Die beiden Ausschlussgründe, d.h. sowohl der allgemeine²⁵ als auch der spezielle,²⁶ können von allen übrigen Gesellschaftern, auch sonstigen Kommanditären, gegenüber den Kommanditären geltend gemacht, aber auch vom Kommanditär gegenüber den anderen Mitgesellschaftern, seien es Kommanditäre oder Komplementäre, vorgebracht werden.²⁷ Dasselbe gilt für die Ausschlussung aus der zweigliedrigen Gesellschaft im Sinne von Art. 579 OR. Allenfalls ist bei der Beurteilung des wichtigen Grundes (Art. 577 OR)²⁸ die im Normalfall eher zurückgesetzte Stellung des Kommanditärs zu berücksichtigen.²⁹ Der wichtige Grund muss in der Person des – lebenden – Gesellschafters bestehen. Das durch den Gesellschaftsvertrag bestimmte Recht der Erben auf Fortsetzung der Gesellschaft wird also nicht deswegen hinfällig, weil ihr Erblasser hätte ausgeschlossen werden können.³⁰ Die Ausschlussung wegen Zahlungsunfähigkeit des Kommanditärs geschieht in der Regel als Folge der Pfändung seines Liquidationsanteiles,³¹ da er gewöhnlich der Konkursbetreibung nicht untersteht.³²

Wird ein Gesellschafter aus einer zweigliedrigen Gesellschaft ausgeschlossen – aus wichtigem Grund oder wegen Zahlungsunfähigkeit –, bleibt nicht die Gesellschaft, wohl aber das Geschäft bestehen;³³ die Gesellschaft wird zwar aufgelöst, aber nicht liquidiert.³⁴ Ihr Gesamthandsvermögen wächst dem Fortsetzenden als Alleineigentum an.³⁵ Es ist

²⁵ Bei Vorliegen von wichtigen Gründen, auf Urteil des Richters hin (Art. 577 OR), dazu BGE 30 II 461 ff., zur konstitutiven Wirkung des Urteils vgl. S.465.

²⁶ Bei Zahlungsunfähigkeit, auf Beschluss der übrigen Gesellschafter hin, Art. 578 OR.

²⁷ Vgl. BGE 30 II 462, ZR 3(1904)218.

²⁸ Die Stellung des Kommanditärs erschöpft sich nicht in den finanziellen Beziehungen, sie hat ihre klare persönliche Seite, so auch HARTMANN, N.5 zu Art. 619 OR, s.a. BGE 30 II 463; vgl. v.a. vorst. § 3, bei Fn.30.

²⁹ So SIEGWART, N.17 zu Art. 619 OR, VON STEIGER, 646, BGE 30 II 463, SJZ 2(1905/6)10; s.a. KLAUSS/MITTELBACH, 223, Anm. 394.

³⁰ Vgl. HARTMANN, N.2 zu Art. 577 OR.

³¹ Dazu ausführlich BOURQUIN, 62 ff.

³² Art. 39 I Ziff. 3 SchKG, e contrario. – Aufgrund der erfolglosen Pfändung allein ist der ausgeschlossene Kommanditär noch nicht belangbar, vgl. Art. 568 III OR, SIEGWART, N.9 zu Art. 619 OR; zur Belangbarkeit vgl. noch nachst. § 11, IX 1.

³³ Vgl. den Text von Art. 579 I OR, s.a. WIKI, 22, 43.

³⁴ Wie bei der Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven, vgl. z.B. REBSAMEN//SCHMID, 334.

³⁵ Vgl. u.a. VON STEIGER, 564. Auch hier ist der Ausgeschiedene nicht sofort belangbar. Hingegen genügt diesfalls der Konkurs des Ausgeschiedenen (Art. 568 III OR) oder des Fortsetzenden analog, vgl. SIEGWART, N.7 zu Art. 579 OR.

grundsätzlich ohne weiteres möglich, dass auch ein Kommanditär bei Vorliegen von Ausschlussgründen gegenüber dem Komplementär die KG als Alleininhaber fortsetzt.³⁶ Eine Fortsetzung³⁷ des Geschäfts durch den Kommanditär als Alleininhaber kommt auch in Frage aufgrund einer entsprechenden Übereinkunft. Die Bestimmung von Art. 579 OR wurde nämlich gemäss übereinstimmender Ansicht sowohl auf den Fall der Fortsetzung durch Übereinkunft³⁸ als auch auf den Fall des Ausscheidens mehrerer bis auf einen ausgedehnt.³⁹

III. Rechtsnatur des Abfindungsanspruchs

Die Rechtsnatur des Abfindungsanspruchs ist, oder besser war umstritten. Vertreten wurde sowohl die Ansicht, dass es sich hierbei um einen Anspruch vermögensrechtlicher/schuldrechtlicher, als auch, dass es sich um einen Anspruch gesellschaftsrechtlicher Natur handle. Der unterschiedlichen Auffassung liegt eine Uneinigkeit über den genauen Zeitpunkt des Ausscheidens bzw. gleichzeitig über den Begriff des Ausscheidens zugrunde.⁴⁰ Bei näherer Betrachtung scheint allerdings die gesellschaftsrechtliche Theorie eher Mittel zum Zweck zu sein, nämlich dem ausscheidenden Gesellschafter ein Mitspracherecht bei der Festsetzung seiner Abfindung zu bewahren.⁴¹ Der Irrtum besteht m.E. darin, dass die

³⁶ Vgl. VON STEIGER, 646, WIELAND, 771, HARTMANN, N.5 zu Art. 619 OR, welcher dies von der finanziellen Beteiligung des Kommanditars abhängig machen will, SIEGWART, N.16 zu Art. 619 OR, REBSAMEN/SCHMID, 3.3.5, sowie REBSAMEN, 41. Der Tod des berechtigten Gesellschafters bringt das Übernahmerecht übrigens nicht zum Erlöschen, so HARTMANN, N.4 zu Art. 579 OR.

³⁷ Nicht Übernahme mit Aktiven und Passiven, vgl. zu den früheren Kontroversen bzw. zu den Unterschieden z.B. HARTMANN, N.1 und 2 zu Art. 579, VON STEIGER, 564, ausführlich WIKI, 22 ff., 59 ff. (betr. die Haftung); für das deutsche Recht vgl. § 142 HGB, U.HUBER, 318.

³⁸ Vgl. z.B. SJZ 55(1959)43 (9).

³⁹ Vgl. VON STEIGER, 563/64, HARTMANN, N.6 zu Art. 579 OR, WIKI, 2.

⁴⁰ Zu den analogen Schwierigkeiten und Kontroversen im Zusammenhang mit der Auflösung der Gesellschaft und Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven vgl. BGE 67 I 247.

⁴¹ Deutlich z.B. BGE 59 II 424. Dieses Mitspracherecht wird indes bei der Konstruktion einer weiterdauernden Gesellschafterstellung u.U. eher geschwächt, vgl. BGE, a.a.O., wo das BGer. aus diesem Grund das während der Dauer der Gesellschaft geltende Mehrheitsprinzip nicht mehr angewendet wissen wollte.

Ansicht vertreten wurde, dies sei nur über den Weg eines gesellschaftlichen Anspruchs möglich.⁴²

Mit BOLLMANN⁴³ ist festzuhalten, dass letztlich der Unterschied zwischen den beiden Auffassungen klein ist, «weil einerseits die Analogie zur Auflösung keineswegs konsequent durchgeführt werden kann, und weil die Theorie der gesellschaftsrechtlichen Natur sich von den Wirkungen herleitete und deshalb eben gerade bei den Wirkungen wieder eine Annäherung der Standpunkte festzustellen ist.» Trotzdem seien hier die beiden Theorien kurz vorgestellt, weil ihre Auswirkungen auch in anderen Zusammenhängen immer wieder zu spüren sind.

1. Gesellschaftsrechtliche Natur des Abfindungsanspruchs

Diese Ansicht wird eher in der älteren Literatur und Judikatur vertreten.⁴⁴ Kernpunkt derselben ist, dass das Ausscheiden eines Gesellschafters einer teilweisen Auflösung der Gesellschaft gleichkomme.⁴⁵ Der ausscheidende Gesellschafter befinde sich sozusagen in einer Stellung des Gesellschafters einer liquidierenden Gesellschaft. Das endgültige Ausscheiden⁴⁶ und damit die Einbusse der Gesellschafterstellung, insbesondere der Mitverwaltungsrechte, erfolge erst mit der Festsetzung und Erfüllung des Abfindungsanspruches, d.h. gemäss WIELAND⁴⁷ «mit der Erledigung der schwebenden Geschäfte und der Auskehrung des Kapitalguthabens».

Bis zu diesem Zeitpunkt sei der Gesellschafter⁴⁸ noch Gesellschafter. Trotzdem stünden ihm Rechte auf Geschäftsführung und Vertretung nicht

⁴² Dazu noch nachst. Ziff. 2.

⁴³ S. 7.

⁴⁴ Vgl. WIELAND, 718 inkl. Anm. 18, s. jedoch die Widersprüchlichkeiten nachst. im Text, offenbar entgegen der schon damals herrschenden Meinung; auf WIELAND sich abstützend SIEGWART, N. 45 ff. zu Art. 545/47 OR, aber auch HARTMANN, zumindest überwiegend, vgl. z.B. N. 8 zu Art. 578 OR; vgl. auch BGE 59 II 423 f., 97 II 231, erstaunlicherweise auch BGE 102 II 185.

⁴⁵ Vgl. WIELAND, a.a.O., SIEGWART, N. 46 zu Art. 545/47 OR, teilweise HALBHERR, 61, s.a. andeutungsweise HARTMANN, N. 15 zu Art. 580 OR: Zeitpunkt des Ausscheidens = «Auflösungstag»; s.a. StenBullNR 1934/233; dagegen MOSER, 19.

⁴⁶ Vgl. aber SIEGWART, N. 8 zu Art. 576 OR, wonach der Ausscheidensgrund unter den Parteien zumindest bei vorheriger Übereinkunft sofort von selber wirke.

⁴⁷ A.a.O.

⁴⁸ Vgl. WIELAND, 718/19. Gestützt darauf verfügte das BGer. in BGE 97 II 231 f., dass die gesellschaftsrechtlich geschuldeten Zinsen bis zur völligen Befriedigung des Ausgeschiedenen zu zahlen seien. Grundsätzlich bestätigt in BGE 100 II 381 f.; zur geteilten und

mehr zu. Seine gesellschaftlichen Ansprüche würden *wie* Rechte eines Drittgläubigers behandelt.⁴⁹ Im Konkurs habe er für seine Abfindungsfor-derung die Rechte des Gesellschaftsgläubigers. Auch könne die Höhe des Kapitalguthabens jetzt nicht mehr durch Verluste vermindert werden.

Diese Pseudo-Gesellschafterstellung, die eine eigentliche Mitgliedschaft weitgehend aushöhlt,⁵⁰ missfällt offenbar auch SIEGWART. Ihm gemäss ist daher die Erfüllung des Abfindungsanspruchs nur dann Voraussetzung für das endgültige Ausscheiden, wenn der Anspruch sofort fällig ist.⁵¹ Bei Stundung hingegen wandle sich der gesellschaftliche in einen aussergesell-schaftlichen Anspruch um.⁵² Jedoch vermag auch diese Lösung nicht zu befriedigen. Die Rechtsnatur des Abfindungsanspruchs darf nicht von sol-chen zeitlichen Zufälligkeiten abhängen.

Treffend hält WIKI⁵³ daher fest: «Ausscheiden kann vernünftigerweise nichts anderes heissen, als die Gesellschafterstellung einbüssen.» Wann der Ausscheidensgrund an sich eintritt, ist eine separate Frage, die nachstehend behandelt wird. Meines Erachtens hat die Auffassung von WIELAND und SIEGWART⁵⁴ auch nicht die Rechtslogik für sich, da die Auflösung der Ge-sellschaft und das Ausscheiden eines Mitgliedes unter Fortbestehen der Gesellschaft in vielen Punkten unterschiedlich sind.⁵⁵ Für den Kommandi-tär insbesondere leuchtet sie noch weniger ein, weil ja gemäss Art. 619 II OR weder dessen Tod noch dessen Entmündigung einen Auflösungs-grund für die Gesellschaft bedeutet, zumindest der Tod aber gemäss hier vertretenen Ansicht⁵⁶ einen Abfindungsanspruch (der Erben) zeitigt.

schwankenden Auffassung der schweizerischen Rechtsprechung allgemein vgl. den gründlichen Entscheid in ZR 64(1965)147 (S.236 f.).

⁴⁹ Vgl. WIELAND, a.a.O.

⁵⁰ S.a. WIKI, 50 f.

⁵¹ Vgl. SIEGWART, N.48 zu Art. 545/47 OR.

⁵² Vgl. dazu die eigenartige Erklärung und versuchte Unterscheidung bei SIEGWART, N.28 ff. zu Art. 580 OR.

⁵³ S.49, s.a. SCHAEGLER, 10.

⁵⁴ Entgegen SCHAEGLER, 5.

⁵⁵ Z.B. betr. Belangbarkeit: nur durch Auflösung der Gesellschaft gegeben – vgl. Art. 582, 568 III OR; sodann: keine entgegengesetzten Interessen der Gesellschafter bei der Liquidation, nur beim Ausscheiden (vgl. dazu noch nachst. IV 1).

⁵⁶ Vgl. nachst. § 8, I und II.

2. Schuldrechtliche Natur des Abfindungsanspruchs

Nach der heute vorherrschenden Ansicht verliert der Gesellschafter seine Gesellschafterstellung sofort, d.h. mit dem Eintreten des Ausscheidensgrundes.⁵⁷

Massgebend ist also der Zeitpunkt des Ausscheidens selbst gemäss Art. 580 OR, genauer der Tag, auf den der Auflösungsgrund wirksam wird.⁵⁸ Mit dem Ausscheiden trennen sich die Wege. Von diesem Tage an steht der Gesellschafter der Gesellschaft nur noch als Dritter gegenüber; es erlöschen alle seine aus der Mitgliedschaft fliessenden Rechte und Pflichten. Sein Abfindungsanspruch kann daher nur ein schuldrechtlicher sein.⁵⁹

Dem steht nicht entgegen, dass dem Ausscheidenden, genauer dem Ausgeschiedenen,⁶⁰ noch Mitspracherechte bei der Festsetzung der Höhe der Abfindungssumme zustehen. Dies bedarf keineswegs der mühsamen und künstlichen Konstruktion einer teilweise, nur in dieser Hinsicht verlängerten Gesellschafterstellung. Vielmehr ist ein derartiges Mitspracherecht bei der Beendigung von Dauerschuldverhältnissen durchaus üblich.⁶¹

Es entspricht die Vorstellung der Festsetzung der Abfindung durch schuldrechtlichen Vertrag auch durchaus der nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens entgegengesetzten Interessenlage zwischen Gesellschaft und ausgeschiedenem Gesellschafter.⁶² Die Annahme einer schuldrechtlichen Natur des Abfindungsanspruchs kommt schliesslich den Bedürfnissen

⁵⁷ Vgl. WIKI, 49, SCHÄEDLER, 6, 10/11, VON STEIGER, 417 inkl. N.200, HARTMANN, N.9 zu Art. 576 OR, unter ausdrücklicher Zitierung der anderen Meinung WIELANDS auf S.718, entsprechend N.3 zu Art. 580 OR (obligationenrechtlicher Anspruch), jedoch widersprüchlich in N.4 und N.20 zu Art. 580 OR (gesellschaftsrechtliche Natur bestätigt in Bezug auf Passivanteil), N.8 zu Art. 578 OR; s.a. SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 17 zu § 172 HGB.

⁵⁸ Vgl. HARTMANN, N.9 zu Art. 576 OR; ZR 82(1983)70, 3(1904)218, 64(1965)147.

⁵⁹ So EHRSAM, 159, BOLLMANN, 60, 85 f., WIKI, 54, VON STEIGER, 417, ev. Lapsus auf S.562: Der wegen Zahlungsunfähigkeit Ausgeschlossene habe auf die Abfindung einen *gesellschaftsrechtlichen* Anspruch. Letzteres offenbar direkt übernommen von HARTMANN, N.8 zu Art. 578 OR; wie hier ZR 64(1965)147, 82(1983)70, s.a. SJZ 7(1910/11)214 (64); s.a. statt vieler SUDHOFF, 267.

⁶⁰ Bei Ausschluss wegen Zahlungsunfähigkeit der Konkursverwaltung bzw. betreffend Kommanditär v.a. dem Betreibungsamt, vgl. VON STEIGER, 562, HARTMANN, N.8 zu Art. 578 OR, BOURQUIN, 71.

⁶¹ So WIKI, 50, s.a. SCHÄEDLER, 10, VON STEIGER, 417, 565; SCHÄEDLER, 21 ff., etwas einschränkender als VON STEIGER, spricht von «Nachprüfung», vgl. dazu VON STEIGER, 417, N.201; s.a. ZR 64(1965)147, S.238.

⁶² Vgl. ZR, 64(1965)147, a.a.O.

nach einer eindeutigen Situation und damit dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit entgegen.⁶³

Der herrschenden Ansicht ist aus all den vorgenannten Gründen voll beizupflichten.

Die schuldrechtliche Natur der Abfindungsforderung hat zur Folge, dass der Anspruch zedierbar, verpfändbar und vererblich ist, sowie als eigentliche Drittforderung im Konkurs der Gesellschaft eingegeben werden kann.⁶⁴

IV. Umfang des Abfindungsanspruchs/Berechnungsgrundlagen

1. Vertragliche Ordnung und deren Grenzen

Gemäss Art. 580 I OR, der auch für den Kommanditär vollumfänglich Geltung hat, soll der Abfindungsbetrag, eine Geldsumme also, durch Übereinkunft festgesetzt werden. Der Ausscheidende, selbstverständlich auch der Kommanditär, ist notwendigerweise «mitspracheberechtigt».⁶⁵ Dies gilt insbesondere auch bezüglich der Korrektur der Abfindungssumme zufolge schwebender Geschäfte, deren Wert nicht berücksichtigt, sondern nach deren Abwicklung einer besonderen Abrechnung vorbehalten worden war.⁶⁶ Gemäss Absatz 2 von Art. 580 OR ist auch eine nachträgliche, nach Eintritt des Ausscheidensgrundes ergangene Vereinbarung möglich,⁶⁷ angesichts der Schwierigkeit der Bewertung sogar erwünscht. Diese Schwierigkeit kommt nicht von ungefähr. Denn es geht um die Bewertung eines Anteils am Geschäft, eines ganzen Komplexes

⁶³ S.a. VON STEIGER, 417.

⁶⁴ Vgl. SCHAEGLER, 11/12, BOLLMANN, 86; ZR 82(1983)80, s.a. vorst. § 6, II; anders betr. Kollozierbarkeit im Konkurs MOSER, 33, 35, 72, z. T. von einem irrtümlichen Verständnis des Begriffs der Kommanditsumme i. V. mit Art. 616 II OR herrührend, so z. B. ders., 29.

⁶⁵ Sogenannte Reflexwirkung des Rechtes auf Abfindung, vgl. z. B. BOLLMANN, 89; unabhängig vom ursprünglichen Umfang seiner Kontroll- und Einsichtsrechte während der Dauer der Gesellschaft; anders z. T. ZR 32(1933)93.

⁶⁶ Auch hiezu bedarf es übrigens keiner Konstruktion eines gesellschaftlichen Mitspracherechts – entgegen SIEGWART, N.25 zu Art. 580, N.4 zu Art. 576 OR; wie hier VON STEIGER, 419; deutlich auch § 740 BGB für das deutsche Recht, worin dem Ausscheidenden in Abs. 2 noch ein spezielles Auskunftsrecht über den Stand der betreffenden Geschäfte eingeräumt ist.

⁶⁷ Vgl. SCHAEGLER, 60.

von vermögensrechtlichen Beziehungen, die zudem stetig im Flusse sind.⁶⁸ Zudem sind scharfe Interessengegensätze meist nicht zu übersehen. Für die fortsetzenden Gesellschafter steht die Erhaltung der Gesellschaft im Vordergrund. Sie wollen erreichen, dass der Anreiz für den Ausscheidenden, einfach zu kündigen, wenn er Geld braucht, möglichst klein ist. Für den ausscheidenden, insbesondere für den kündigenden Gesellschafter geht es darum, das Gesellschaftsband zu lösen und den Wert der Beteiligung zu realisieren⁶⁹. Sinnvoll und wichtig ist daher vor allem auch die Regelung der sogenannten schwebenden Geschäfte,⁷⁰ sowie zumindest die Angabe der Bewertungsmethode.⁷¹

In der vertraglichen Festsetzung des Umfangs des Abfindungsbetrages sind die Parteien an sich frei.⁷² Eine nachträgliche Anfechtung wegen Irrtum oder Täuschung ist unter Umständen möglich.⁷³ Eine Grenze ergibt sich dort, wo der ausscheidenden Partei oder dem Fortsetzenden das wirtschaftliche Fortkommen ausserordentlich erschwert würde, letztlich also bei Art. 27 ZGB.⁷⁴ Die Festsetzung darf keinen Strafcharakter besitzen.⁷⁵ Es darf auch nicht durch die Vereinbarung die Möglichkeit der Kündigung de facto beschnitten werden.⁷⁶ Wie die anderen Gesellschafterkategorien behandelt würden, falls sie kündigten, ist hingegen für den Entscheid eines jeden Kündigenden belanglos.⁷⁷

Ein Ausschluss eines Abfindungsanspruches wäre insbesondere gegenüber dem Kommanditär unvertretbar, da er, im Gegensatz zum Komplementär, überwiegend finanziell beteiligt sein kann und seine Kündigung in solchen Fällen das Ziel hat, das finanzielle Engagement aufzulösen.

⁶⁸ Vgl. SIEGWART, N.1 zu Art. 580 OR, vgl. dazu noch nachst. Ziff. 2.

⁶⁹ Vgl. U. HUBER, 329.

⁷⁰ Die Festlegung eines Gewinnanteils an schwebenden Geschäften gilt nicht automatisch auch als Vorbehalt einer entsprechenden Verlusttragung – entgegen anerkannter Ansicht während werbender Gesellschaft; dazu vorst. § 2, IV 2.1. Art. 533 II OR findet demnach keine Anwendung mehr; vgl. BGE 24 II 185.

⁷¹ Vgl. dazu nachst. im Text sowie vorst. Fn.71.

⁷² Zu Auslegungsfragen vgl. HARTMANN, N.8 zu Art. 580 OR, s.a. W.R. SCHLUEP in SAG 47(1965)22 ff., sowie ders. in *Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation* in ZSR n.F.92/2(1973)420; s.a. ZR 7(1908)90, 43(1944)218.

⁷³ Vgl. dazu HARTMANN, N.7 zu Art. 580 OR, ebenso SCHÄEDLER, 64 ff. Vorsicht, falls es sich um einen Vergleich gehandelt hat.

⁷⁴ S.a. BOLLMANN, 83 f., ähnlich MÖHRING, 56.

⁷⁵ Vgl. z.B. BOURQUIN, 71, DORSCHIED, 148, MÖHRING, 66, ausdrücklich auch für die Personengesellschaft U. HUBER, 328.

⁷⁶ Vgl. BGE 62 II 33, MOSER, 45 f., LEMBERGER, 131, MÖHRING, 60 ff; gem. DORSCHIED, 149, sollten Abfindungsbeschränkungen in einer nur kommerziell ausgerichteten Gesellschaft (v.a. AG, GmbH) überhaupt nicht zulässig sein.

⁷⁷ Vgl. U. HUBER, 331, ähnlich MÖHRING, 53.

Sollte er keine Abfindung erhalten und damit zusätzlich seine Einlage verlieren, so ist sein Kündigungsrecht illusorisch, denn mehr als seine Einlage verliert er ja (von vertraglicher Andersregelung abgesehen) auch im Liquidationsfalle nicht.⁷⁸ Er kann also ruhig Gesellschafter bleiben.⁷⁹

Grundsätzlich ist allerdings Voraussetzung, dass der Gesellschafter kapitalmässig überhaupt beteiligt ist oder war. Hat ein Kommanditär z. B. nur die Haftung übernommen, im Innenverhältnis aber keine Einlage geleistet noch leisten müssen, so dürfte eine Wegbedingung des Abfindungsanspruches im Regelfalle tolerierbar sein.⁸⁰

Ob im übrigen eine Abfindung zum Kapitalanteil⁸¹ gemäss letzter Jahresbilanz als Minimum zulässig ist, bedarf der Interessenabwägung im Einzelfall.⁸² An sich hat diese Lösung den Vorteil der Einfachheit und Klarheit. Angemessen dürfte sie unter Umständen für den Fall des Todes eines Gesellschafters sein.⁸³

Eine Kürzung unter den Betrag des Kapitalanteils ist, sofern sie grundsätzlich erfolgt, nicht zulässig. Darin läge zweifellos eine strafrechtliche Sanktion.⁸⁴

Ein Ausschluss von der Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert hingegen ist nicht grundsätzlich unzulässig,⁸⁵ weil die stillen Reserven Gewinne sind, die vorläufig noch nicht erzielt wurden und der Firmenwert (Goodwill) im Falle der Liquidation selten realisiert werden kann.⁸⁶ Den Liquidationsanspruch aber soll ja der Abfindungsanspruch

⁷⁸ Vgl. dazu vorst. § 5, IV.

⁷⁹ Vgl. U. HUBER, 327/28.

⁸⁰ Vgl. SCHÄDLER, 54, ähnlich BOLLMANN, 84, sowie offenbar MÖHRING, 55 (ein Ausschluss ohne wichtigen Grund kommt allerdings nach schweizerischem Recht nicht in Frage).

⁸¹ Zur Definition vgl. vorst. § 1, III 3; im Zusammenhang mit dem Abfindungsanspruch vgl. noch VON GREYERZ, 73. Zur – m. E. unzutreffenden – Gleichsetzung von «Abfindungsanspruch» mit «Anspruch auf den Kapitalanteil» vgl. MOSER, 37, 70.

⁸² Vgl. HARTMANN, N. 9 zu Art. 580 OR; grundsätzlich bejaht im deutschen Recht und Lehre – vgl. U. HUBER, 326, mit Zitaten in N. 35; gemäss HUBER selbst a. a. O. nicht unbedenklich, mindestens offene Rücklagen sollten aufgeteilt und allfällige Nebenkonten berücksichtigt werden; in jedem Falle sei die richtige Bilanzierung wesentlich. Dazu U. HUBER, 332 ff. Für grundsätzliche Berücksichtigung offener Reserven s. a. SIEGWART, N. 4 zu Art. 580 OR: Zur Bildung dieser Reserven habe der Gesellschafter beigetragen.

⁸³ Vgl. HARTMANN, a. a. O., SIEGWART, N. 2 zu Art. 580 OR, vgl. auch nachst. § 8, III, s. a. Fn. 39 daselbst.

⁸⁴ Vgl. U. HUBER, 329.

⁸⁵ Vgl. MÖHRING, 52, 65 f.; gem. HARTMANN, N. 10 zu Art. 580 OR, Grenze: Verstoss gegen Treu und Glauben bei Aufstellung der Bilanz.

⁸⁶ Vgl. U. HUBER, 332 ff.

ersetzen.⁸⁷ Er soll nicht etwa Prämie für frühzeitiges Austreten aus der Gesellschaft sein.⁸⁸

Die aufgezeigten Grenzen haben selbstverständlich auch ihre Bedeutung hinsichtlich des häufig gleichzeitig vertraglich geregelten Verfahrens⁸⁹ und der Modalitäten der Erfüllung des Abfindungsanspruchs. Insbesondere wird häufig versucht, zu vermeiden, dass das ganze Abfindungsguthaben auf einmal und vor allem sofort beim Ausscheiden des Gesellschafters fällig wird.⁹⁰ Sofern die Dauer bzw. die Aufteilung der Raten sachlich vertretbar sind,⁹¹ und vor allem die Verzinsung während der vereinbarten Dauer eine angemessene ist,⁹² kann gegen eine solche Lösung nichts eingewendet werden.

Auch der Ausgeschlossene hat an sich Anspruch auf Abfindung.⁹³ Der Richter hat sich – im Falle der Ausschliessung aus wichtigem Grund (Art. 577 OR) – grundsätzlich an vertraglich getroffene Abfindungsabreden zu halten. Allenfalls kann er die Ansprüche des Auszuschliessenden aufgrund von Art. 580 II OR wegen Verschulden kürzen.⁹⁴ Im Falle der betriebsrechtlichen Beschlagnahme insbesondere (Art. 578 OR) gelten vertragliche Vereinbarungen inklusive Zahlungsbedingungen grundsätzlich⁹⁵ auch den Betriebsbehörden gegenüber.⁹⁶ Diese haben zwar bei der Ermittlung des Betrages selbst mitzuwirken;⁹⁷ das Recht des Gesellschafters auf Mitsprache bleibt aber gewahrt.⁹⁸

⁸⁷ So auch VON GREYERZ, 74.

⁸⁸ Mehr zu den verschiedenen Abfindungsarten und Auslegungsfragen im Einzelfälle SCHÄDLER, 59 ff., BOLLMANN, 86 f., BOURQUIN, 69, LEMBERGER, 132 ff., SIEGWART, N. 12 ff. zu Art. 580 OR, HARTMANN, N. 9–12 zu Art. 580 OR; U. HUBER, 324 ff., s.a. 347.

⁸⁹ Z.B. Grundsätze für die aufzustellende Abfindungsbilanz: Anzahl Jahre zur Berechnung des durchschnittlichen Ertragswerts, Festlegung eines Kapitalisierungs-Zinsfusses.

⁹⁰ Dazu noch nachst. V.

⁹¹ Gemäss U. HUBER, 330, ist eine Laufzeit bis zu zehn Jahren vertretbar.

⁹² Vgl. U. HUBER, a.a.O.: Ein Fälligkeitsaufschub ohne angemessene Verzinsung käme im wirtschaftlichen Ergebnis einer Verkürzung des Abfindungsanspruches gleich.

⁹³ Vgl. den Wortlaut von Art. 577–579 OR, SCHÄDLER, 57, HARTMANN, N. 7 zu Art. 580 OR.

⁹⁴ Dazu nachst. Ziff. 2.3.2.

⁹⁵ Zu den Ausnahmen vgl. SIEGWART, N. 15 zu Art. 580, N. 6 zu Art. 582 OR, SCHÄDLER, 58, MOHRING, 65; insbes. eine für den Gläubiger ungünstige Vereinbarung, die kurzfristig, im Hinblick auf die Zwangsvollstreckung abgeschlossen worden war.

⁹⁶ So ausdrücklich Rechenschaftsbericht TG, Entscheid der Rekurskommission vom 15.4.1980: Die Gläubiger haben nicht auf mehr Anspruch als der Gesellschafter selber.

⁹⁷ Vgl. BOURQUIN, 71; SJZ 46(1950)158 (99) betr. Konkursverwaltung.

⁹⁸ Vgl. SIEGWART, N. 4 zu Art. 578 OR, HARTMANN, N. 8 zu Art. 578 OR – Begründung allerdings unzutreffend, da basierend auf gesellschaftlichem Recht! Ähnlich VON STEIGER, 562.

Durch die Begrenzung der Vertragsfreiheit werden vorab die Ausscheidenden, indirekt aber unter Umständen auch die Gläubiger geschützt. Wird nämlich mit Zustimmung aller Gesellschafter eine übermässig hohe Abfindung ausbezahlt, so kann ein allfällig benachteiligter Gesellschafts-gläubiger die Abfindungsvereinbarung aufgrund von Art. 285 ff. SchKG anfechten.⁹⁹

2. Gesetzliche Regelung

2.1 Allgemeines

Fehlt es an einer ursprünglichen oder späteren Übereinkunft der Gesellschafter, so hat der Richter den Umfang des Abfindungsanspruches festzusetzen. Das Gesetz gibt ihm in Art. 580 II OR drei Anhaltspunkte:¹⁰⁰

- Der Richter soll einen Betrag, also eine Geldsumme¹⁰¹ festsetzen, die unter Berücksichtigung
- der Vermögenslage der Gesellschaft und zwar im Zeitpunkt des Ausscheidens sowie
- eines allfälligen Verschuldens des Ausscheidenden zu benennen ist.

⁹⁹ Vgl. VON STEIGER, 557.

¹⁰⁰ Das Gesetz räumt dem Richter also ausdrücklich *nicht* das *freie* Ermessen ein, vgl. A. WIELAND in ProtExpKomm, 85, anders noch der E I Art. 582 III, E II Art. 594 II, bei Fehlen vertraglicher Bilanzvorschriften; ungenau bzw. missverständlich also HARTMANN in N.12 zu Art. 577 OR, deutlich VON STEIGER, 555, gleich betreffend Abfindungsanspruch bereits aOR Art. 577. – Für das deutsche Recht beklagt MÖHRING, 50, das Fehlen einer gesetzlichen Regelung im Rechte der Handelsgesellschaften. Die «Abfindungsproblematik» – vgl. ders. 51 – ist daher im deutschen Recht wesentlich ausgeprägter, wobei allerdings, wie dargelegt, auch Art. 580 OR dispositiver Natur ist und die Zulässigkeit von Abfindungsklauseln in concreto nach anderen Kriterien zu prüfen ist (vgl. vorst. Ziff. 1).

¹⁰¹ Selbstverständlich, vor allem wenn man den Anspruch als obligationenrechtlichen versteht, vgl. vorst. III 2.

2.2 Bewertung des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt des Ausscheidens

Das vom Gesetz in Art. 580 II OR verlangte Abstellen auf die «Vermögenslage im Zeitpunkt des Ausscheidens»¹⁰² erheischt eine spezielle Bilanzierung.¹⁰³

Erforderlich ist eine objektive Vermögensbilanz,¹⁰⁴ ein sogenannter Status, nicht etwa eine Betriebs- bzw. Erfolgsermittlungsbilanz, die durch die angestrebten Ziele der Gesellschaft stets subjektiv gefärbt ist.¹⁰⁵

Darüber hinaus soll die Bilanz gemäss heute vorherrschender Meinung die Werte enthalten, wie sie sich für den oder die fortsetzenden Gesellschaftler darstellen. Verlangt ist somit die Aufstellung einer Fortsetzungsnicht einer Liquidationsbilanz.¹⁰⁶ Massgebend ist mit anderen Worten der lebende Geschäftswert,¹⁰⁷ der sogenannte Fortsetzungswert, nicht der Liquidationswert.¹⁰⁸ Letzterer wird auch etwa Zerschlagungswert genannt, weil eben hiebei das Geschäftsvermögen als ein Ganzes in nicht

¹⁰² Massgebend ist der Zeitpunkt, in dem der Ausscheidensgrund eingetreten ist (vgl. vorst. II 2), vgl. dazu SCHÄDLER, 16 ff.; ZR 64(1965)147, S.239. Bei Ausschluss durch den Richter ist massgebend die Rechtskraft des Urteils, vgl. ZR a.a.O., da dieses konstitutiv wirkt.

¹⁰³ Dieser Ausdruck wurde von OSTERTAG in die Beratungen der Expertenkommission eingebracht, vgl. ProtExpKomm, 84, im Bestreben, den Begriff «Bilanz» überhaupt zu vermeiden, u.a. auch wegen sprachlicher Unterschiedlichkeiten: Offenbar bedeutet das französische «bilan de liquidation» beides, d.h. Liquidations- und Abfindungs- bzw. Abschichtungsbilanz.

¹⁰⁴ Hierzu z.B. His, N.30 zu Art. 958 OR.

¹⁰⁵ Vgl. SIEGWART, N.18 zu Art. 580 OR; BGE 93 II 254, ZR 32(1933)93.

¹⁰⁶ So VON STEIGER, 418, inkl. N.205, 555, inkl. N.14, BOLLMANN, 91, SCHÄDLER, 23 ff., HARTMANN, N.15 ff. zu Art. 580 OR, His, N.30 und N.33 zu Art. 598 OR; BGE 93 II 247 ff. insbes. 254 f., ZR 32(1933)93, Sem.jud. 100(1978)506; zurückhaltend eher, aber überholt SIEGWART, N. 18 und N. 11 zu Art. 580 OR; seine Ansicht hängt zusammen mit seiner – hier nicht geteilten, auch allgemein überholten – Ansicht der teilweisen Auflösung des Unternehmens; gegen dieses Argument vgl. insbes. ZR 64(1965)147, S.238 f. Zur Entwicklung der Begriffe im Rahmen der Revision vgl. VON STEIGER, 555/56, SCHÄDLER, 23/24; s.a. E I Art. 582, Ber.I, 21, E II Art. 594, Ber.II, 18, ProtExpKomm., 82–85, 159–163, Botsch.1928/216, StenBullStR 1931/158, StenBullNR 1934/233.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 93 II 255, SJZ 28(1931/32)98 (90). Dem entspricht bei der GmbH (Art. 792 II OR, 794 I Ziff. 4 OR) der «wirkliche Wert» eines Anteils bei Abfindung der Erben oder des Ehegatten aus Güterrecht, vgl. dazu VON STEIGER, 556, N.16, sowie W. VON STEIGER, Zürcher Kommentar zum Recht der GmbH, N.16 ff. zu Art. 792 OR; vgl. auch Art. 686 IV OR für die AG.

¹⁰⁸ Vgl. u.a. VON STEIGER, 555, N.14, HARTMANN, N.16 zu Art. 580, N.7 zu 619 OR, SIEGWART, N.18 zu Art. 619 OR; anders – sich zu Unrecht auf VON STEIGER abstützend – DORSCHIED, 75, ähnlich SPÖRRI, 147. Ausnahmsweise kann allerdings der Liquidationswert die günstigere Berechnungsgrundlage ergeben, vgl. BOURQUIN, 71. Wie hier

aequivalente Einzelteile aufgesplittert wird.¹⁰⁹ Zum Zwecke der Bewertung eines Gesellschaftsvermögens sind verschiedene betriebswirtschaftliche Methoden entwickelt worden, die in der Regel vom Vermögens- bzw. Substanzwert (als Überschuss der in der Abfindungsbilanz festgestellten Aktiven über die Passiven) oder vom Ertragswert (als kapitalisiertem durchschnittlichem Ertrag der letzten Jahre) oder von einer Kombination beider Werte ausgehen.¹¹⁰

Konkret bedeutet diese Art der Bilanzierung, dass die Aktiven zum höchsten gesetzlich zulässigen Wert eingesetzt werden.¹¹¹ Mithin müssen vor allem stille Reserven aufgelöst,¹¹² übermässig hohe frühere Abschreibungen¹¹³ rückgängig gemacht werden. Die erforderliche Art der Bilanzierung bedeutet zusätzlich aber auch, dass der sogenannte immaterielle Wert¹¹⁴ des Geschäftes, der Goodwill bzw. Firmenwert, angemessen in Rechnung zu stellen ist.¹¹⁵ Gemäss U. HUBER,¹¹⁶ liegt der Firmenwert in dem Wert, um den der Ertragswert den Substanzwert übersteigt. Er bildet demnach den zusätzlichen Wert, um den das Unternehmen als Ganzes die Summe seiner einzelnen Teile übersteigt. Auch dieser Goodwill muss objektiv geschätzt und eingesetzt werden, sei es durch Berücksichtigung bei den einzelnen Positionen, sei es durch Einsetzung eines zusätzlichen Betrages. An den *persönlichen* Chancen oder Risiken des oder der Fortsetzenden ist der Ausscheidende hingegen grundsätzlich nicht beteiligt.¹¹⁷

BGE 93 II 247 ff., 253, gleich für das deutsche Recht statt vieler BOHNENBERG, Anm. IV zu § 138 HGB, U. HUBER, 319.

¹⁰⁹ Illustrativ auch die Bezeichnung «Schmelzwert» bei WIELAND, 721.

¹¹⁰ Eingehend zu den Methoden der Feststellung der Werte in der Abfindungsbilanz SCHAEGLER, 30 ff., s.a. 23 ff., vgl. auch U. HUBER, 321/23, der jedoch nur einen höheren, nicht einen niedrigeren Ertragswert berücksichtigen will, da die Entscheidung, einen unrentablen Betrieb weiterzuführen, nicht dem Ausscheidenden angelastet werden dürfe.

¹¹¹ Vgl. SIEGWART, N.6 zu Art. 580 OR; BGE 93 II 254; unzutreffend daher i.d.R. ZÄCH, 2, N.1, wonach dies ein «dem Wert nach geringerer Teil» gegenüber dem im Falle einer Liquidation zukommenden Wert sei. — Zum Höchstwert vgl. auch HILS, N.15 ff. zu Art. 960 OR.

¹¹² Anders diesbezüglich ZR 32(1933)93.

¹¹³ WIELAND, 721: alle Abschreibungen überhaupt, geht m.E. zu weit, gewisse Abschreibungen könnten angemessen sein, vgl. auch SIEGWART, N.5 zu Art. 580 OR.

¹¹⁴ Vgl. auch HARTMANN, N.17 zu Art. 580 OR.

¹¹⁵ Diese Begriffe werden nicht ganz einheitlich definiert; eingehend SCHAEGLER dazu, 23 ff. insbesondere 27/28, 30 ff.; für Berücksichtigung auch HARTMANN, N.17 zu Art. 580 OR, VON GREYERZ, 74, BOLLMANN, 91; BGE 93 II 255; für deutsches Recht vgl. BOHNENBERG, Anm. IV zu § 138 HGB, U. HUBER 322 f.

¹¹⁶ S.322.

¹¹⁷ Vgl. HARTMANN, N.15 zu Art. 580 OR, U. HUBER, 323, leicht abweichend BGE 93 II 255 ff.

Schliesslich wird der Richter bei der Feststellung der Abfindungssumme allfälligen schwebenden Geschäften Rechnung tragen müssen.¹¹⁸ Darunter sind Verträge zu verstehen, die im Zeitpunkt des Ausscheidens eines Gesellschafters bereits abgeschlossen aber noch nicht abgewickelt waren.¹¹⁹ Meist handelt es sich um Sukzessivlieferungsverträge oder andere Dauerschuldverhältnisse.¹²⁰ Vermögensrechtlich ist der Ausscheidende daran zu beteiligen.¹²¹ Entweder sofort, indem die pendenten Geschäfte ebenfalls im Sinn von Gewinn oder Verlust bewertet und in die Abfindungsbilanz einbezogen werden¹²² oder aber später, indem nach Abwicklung der betreffenden Geschäfte eine entsprechende Korrektur der Abfindungssumme stattzufinden hat.¹²³

Im Prozess wird wohl regelmässig nur ein Einbezug in die eigentliche Abfindungsbilanz in Frage kommen. Gerade diesen schwierig zu behandelnden Punkt nicht abschliessend zu regeln, wäre in einem Fall, da die Parteien es überhaupt zum Streit kommen liessen und dadurch ihre ungenügende Gesprächs- und Verhandlungsfähigkeit bezeugt haben, wenig sinnvoll.

¹¹⁸ So auch SIEGWART, N.24 zu Art. 580 OR, MOSER, 79.

¹¹⁹ SIEGWART, N.47 zu Art. 545/47 OR, macht die Einschränkung, dass die Verwirklichung in nicht allzu dürftiger Weise bereits begonnen haben musste; gem. MOSER, 80, genügt die Annahme der Offerte vor Eintritt des Ausscheidensgrundes, s.a. S.80 ff., insbes. S.85. Zum Zeitpunkt des Entstehens vgl. auch die Ausführungen im Zusammenhang mit dem zeitlichen Ausmass der Haftung, nachst. § 11, VII 2.1.2 und 2.1.3.

¹²⁰ Vgl. BOLLMANN, 65 f., 95 f. VON STEIGER, 419.

¹²¹ Entgegen H. HUBER, Handänderungsgebühren, 243, hat der Ausscheidende insoweit keinesfalls nur den «aktiven Kapitalanteil» zugute; zur ähnlichen Kritik an MOSER, 37, 709, vgl. bereits vorst. Fn.64.

¹²² Wiederum entweder durch entsprechende Bewertung bestimmter Positionen oder durch Erhöhung des allfälligen Goodwills, vgl. SCHÄDLER, 39; s.a. BGE 93 II 255, sowie das Beispiel in Pra. 1/178, im ähnlich gelagerten Fall der Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven durch den einen Gesellschafter, s.a. ZR 11(1912)209. Genau genommen ist diestalls die Mitgliedschaft allerdings nicht durch Ausscheiden, sondern durch Auflösung der Gesellschaft beendet. Mangels Liquidation des Gesellschaftsvermögens gelten jedoch für den früheren Mitgesellschafter ähnliche Grundsätze.

¹²³ Vgl. SIEGWART, N.24 und N.25 zu Art. 580 OR, HARTMANN, N.18 zu Art. 580 OR, VON STEIGER, 419. Ein gewisses Einsichts- und Kontrollrecht muss dem Kommanditär (bei Ausschluss wegen Zahlungsunfähigkeit dem Betreibungsamt, seltener der Konkursverwaltung), huerbei, gleich wie jedem anderen ausgeschiedenen Gesellschafter verbleiben – s.a. VON STEIGER, 554, SCHÄDLER, 10, 21 ff. – und zwar unabhängig von der Zugehörigkeit des Geschäfts zum «gewöhnlichen Geschäftsbetrieb» gemäss Art. 600 II OR, welche Bestimmung während der Dauer der Mitgliedschaft Geltung hat.

2.3 Anteil des Kommanditärs am Gesellschaftsvermögen

2.3.1 Objektiver Umfang

An dem wie vorstehend beschrieben bewerteten, gesamten Gesellschaftsvermögen steht dem Ausscheidenden ein Anteil zu.¹²⁴ Dieser Anteil und damit der Abfindungsanspruch entspricht somit einem realen *Wertanteil*.¹²⁵ Er umfasst mit anderen Worten grundsätzlich den Kapitalanteil gemäss letzter Jahresbilanz *zuzüglich* Anteil an den offenen sowie vor allem an den stillen Reserven,¹²⁶ sowie *zuzüglich* Anteil am Firmenwert.¹²⁷ Dies gilt ohne weiteres auch für den Kommanditär als vollwertigen Gesellschafter, als vollberechtigten Gesamteigentümer im Innenverhältnis.¹²⁸ Auch der Anspruch des Kommanditärs ist somit weder minimal noch maximal auf die vertraglich vereinbarte und auch geleistete Kapitaleinlage begrenzt. Entsprechend muss der Kapitalanteil der letzten Jahresbilanz im Sinne eines definitiven Anspruches korrigiert werden.

Weist die Abfindungsbilanz gegenüber der letzten Jahresbilanz einen Mehrbetrag auf, so ist dieser Buchgewinn¹²⁹ gleich wie allfällig vorhandene offene Reserven nach den vertraglichen, im Zeitpunkt des Ausscheidens gültigen¹³⁰ Gewinnverteilungsregeln auf die Kapitalanteile zu verteilen, bzw. dem ausscheidenden Gesellschafter anzurechnen.¹³¹ Der normale, zuletzt geltende Gewinnverteilungsschlüssel gilt folglich auch für den Firmenwert und für die stillen Reserven.¹³² Mangels vertraglicher Regelung der Gewinnbeteiligung hat der Richter bei der KG diesbezüglich –

¹²⁴ Vgl. auch die Fassung des Gesetzes in Art. 577, 578 und 579 I OR.

¹²⁵ Vgl. VON STEIGER, 555, vgl. vorst. § 1, III 3.

¹²⁶ Abweichend ZR 32(1933)93, scheinbar ebenfalls LEMBERGER, 114; wie hier für den Kommanditisten LEHMANN/DIETZ, 209, «gleichgültig, ob er an der Geschäftsführung teilgenommen hat oder nicht».

¹²⁷ Vgl. SIEGWART, N.18 zu Art. 619 OR, HARTMANN, N.7 zu Art. 619 OR, s.a. U. HUBER, 343.

¹²⁸ Vgl. z.B. VON STEIGER, 646, 619, s.a. vorst. § 2, I.

¹²⁹ Gem. U. HUBER als Minimum – keine Herabsetzung des ermittelten Substanzwertes bei niedrigerem Ertragswert gem. demselben, 322, N.17, s.a. vorst. Fn.110.

¹³⁰ Vgl. SCHÄDLER, 39, U. HUBER, 321, s.a. Anm. 15 daselbst; Ausnahme u.U. für später eingetretene Gesellschafter, die an der Bildung der «alten» Reserven nicht mitgewirkt haben, U. HUBER, a.a.O.

¹³¹ Vgl. VON STEIGER, 555, SCHÄDLER, 39; BGE 77 II 49; U. HUBER, 321, gem. Anm. 14 ganz herrschende Ansicht für das deutsche Recht, s.a. BOHNENBERG, Anm. IV zu § 138 HGB.

¹³² Vgl. u.a. U. HUBER, 322.

nicht aber betreffend den Abfindungsanspruch des Komplementärs oder Kommanditärs an sich – nach freiem Ermessen zu entscheiden.¹³³

Resultiert hingegen ein Passivsaldo, d.h. ein Verlust, so ist dieser vorweg ebenfalls nach den vertraglichen, bzw. bei der KG vom Richter aufgestellten Verlusttragungsregeln auf die Kapitalkontos zu verteilen.¹³⁴ Übersteigt der Verlustanteil den Kapitalanteil des ausscheidenden Gesellschafters, d.h. entsteht ein negativer Kapitalanteil,¹³⁵ so muss dieser von dem oder den Komplementären ausgeglichen, mit anderen Worten der entsprechende Sollbetrag in das Gesellschaftsvermögen eingeworfen werden.¹³⁶ Der Kommanditär aber bleibt, eine anderslautende Vereinbarung vorbehalten, von einer solchen Einschuss- bzw. Nachschusspflicht aufgrund von Art. 601 I OR befreit, soweit seine Einlage nicht rückständig ist.¹³⁷ Denn er ist von Gesetzes wegen maximal mit dem Risiko des Verlustes seiner Einlage belastet.¹³⁸ Sein darüber hinausgehender Verlustanteil, der den Stand Null seines Kapitalkontos unterschreitet, wird diesfalls den fortsetzenden Komplementären¹³⁹ nach Massgabe ihrer Verlusttragungspflicht¹⁴⁰ angelastet.

Dem Kommanditär steht somit – von einer allfällig rückständigen Einlage abgesehen – äusserstenfalls kein Abfindungsguthaben zu; eine Abfindungsschuld braucht er – von Gesetzes wegen – in keinem Falle zu übernehmen.

Im Hinblick auf das Aussenverhältnis bleibt anzumerken, dass die Haftung des Kommanditärs in dem Masse wieder auflebt, als die Abfindungssumme die Rückerstattung seiner vertraglich vereinbarten und auch geleisteten Einlage enthält. War diese nicht oder nur teilweise geleistet worden, bzw. war die bedungene Einlage kleiner als die Haftsumme, war

¹³³ Art. 601 II OR, vgl. vorst. § 2, IV 2.2.

¹³⁴ Vgl. SCHÄEDLER, 9, 39, HARTMANN, N.20 zu Art. 580 OR, VON STEIGER, 419, BOLLMANN, 79, s.a. nachst. § 10, I.

¹³⁵ Zum negativen Kapitalanteil des Kommanditärs vgl. nachst. § 9, V 2.

¹³⁶ Vgl. SIEGWART, N.47 zu Art. 545/47, N.27 zu Art. 533 OR; vgl. für das deutsche Recht noch § 739 BGB, WIELAND, 720, BOHNENBERG, Anm. IV zu § 138 HGB (S.446), U. HUBER, 284.

¹³⁷ Vgl. KNÖCHLEIN, 371 f. – im gesamten Umfange dieses Rückstandes, nicht etwa nur nach der Verlusttragsquote.

¹³⁸ Vgl. zum ganzen ausführlich nachst. § 10, II; gleich im Prinzip HARTMANN, N.7 zu Art. 619 OR, allerdings wie immer abstellend auf die «Kommanditssumme».

¹³⁹ Ev. neu: Kollektivgesellschaftern, falls kein weiterer Kommanditär in der Gesellschaft verbleibt, vgl. die Legaldefinition in Art. 594 I OR.

¹⁴⁰ Vgl. nachst. § 10, II 2, sowie KNÖCHLEIN, 369, 371.

auch die Haftung bislang im entsprechenden Ausmass noch nicht konsumiert worden.¹⁴¹

2.3.2 Subjektiver Umfang: Berücksichtigung des Verschuldens

Letzter vom Richter zu berücksichtigender Anhaltspunkt für die Bemessung des Abfindungsanspruchs im Einzelfall ist ein allfälliges Verschulden des Ausscheidenden (Art. 580 II OR).¹⁴² Damit dieses Verschulden allerdings überhaupt Auswirkungen auf den Umfang oder auf die Art und Weise der Begleichung des Abfindungsanspruches hat, muss vorweg geklärt werden, ob die Gesellschaft (oder ein Gesellschafter¹⁴³) einen Schaden erlitten habe sowie, ob ein adaequater Kausalzusammenhang zwischen Verschulden und Schaden gegeben sei.¹⁴⁴

Ein Verschulden braucht nicht, kann aber sowohl bei Ausschluss als auch bei sonstigen Ausscheidensgründen mitspielen. Häufig liegt es naturgemäss bei den Fällen der Ausschliessung aus wichtigen Gründen vor.¹⁴⁵ Eine Berücksichtigung ist in diesen Fällen umso angezeigt, als auch ein Ausgeschlossener von Gesetzes wegen zu lebenden Werten abgefunden werden muss und überdies schneller zu verfügbaren Mitteln kommt als ein Gesellschafter, dessen Mitgliedschaft im Rahmen einer allfälligen Liquidation beendet wird. Ein Ausgeschlossener ist damit unter Umständen – ohne sein Zutun, eventuell trotz seines negativen Verhaltens – besser gestellt, als wenn er das Ende der Gesellschaft miterleben würde.¹⁴⁶

Als Verschulden ist vorweg ein gesellschaftswidriges Verhalten des ausscheidenden Gesellschafters zu werten, eine Verletzung der durch den

¹⁴¹ Art. 610 II OR, ähnlich § 172 IV HGB. Zum Thema des Haftungsumfanges sowie zur Belangbarkeit nach dem Ausscheiden vgl. ausführlich nachst. § 11, VIII 4.1 sowie § 11, IX 1.

¹⁴² Kritisch zur Lösung des Gesetzes BOLLMANN, 90 ff.

¹⁴³ Vgl. VON STEIGER, 561, N.47.

¹⁴⁴ D.h. es sind – auch wenn in Art. 580 II OR nicht besonders erwähnt – die allgemeinen Grundsätze der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung anwendbar, vgl. dazu SCHÄDLER, 46 ff., VON STEIGER, a.a.O., s.a. HARTMANN, N.19 zu Art. 580 OR.

¹⁴⁵ Vgl. HARTMANN, N.12, N.19 zu Art. 580 OR, VON STEIGER, 561 inkl. N.47.

¹⁴⁶ S.a. HARTMANN, N.12 zu Art. 577 OR.

Gesellschaftsvertrag übernommenen Treuepflicht.¹⁴⁷ Dieser Treuepflicht unterliegt auch der Kommanditär als grundsätzlich vollwertiger Gesellschafter. Der Umfang derselben kann allerdings im Einzelfall aufgrund der unter Umständen etwas geringeren finanziellen Beteiligung und entsprechend zurückgesetzteren Stellung des Kommanditars ein reduzierter sein.¹⁴⁸ Dafür, sowie für die Beurteilung des Verschuldens überhaupt, muss der Richter daher nach den Gegebenheiten des konkreten Falles sein freies Ermessen walten lassen.¹⁴⁹

Der Richter kann bei Vorliegen von Verschulden¹⁵⁰ entweder den vorgehend errechneten Abfindungsanspruch als Ganzes angemessen kürzen oder eine ungünstigere Berechnungsart wählen, eventuell auch die Zahlungsbedingungen oder sonstigen Modalitäten entsprechend anpassen.¹⁵¹ Der Ausgeschlossene bzw. Ausgeschiedene seinerseits kann sich auf die Herabsetzungsgründe von Art. 44, 99 III OR berufen.¹⁵²

V. Fälligkeit des Abfindungsanspruchs

Unabhängig davon, ob es sich bei der Abfindungssumme um ein Abfindungsguthaben oder eine Abfindungsschuld, d.h. eine Forderung des Ausscheidenden an die Gesellschaft oder von der Gesellschaft an den

¹⁴⁷ Vgl. HARTMANN, N.19 zu Art. 580 OR; nicht überzeugend SIEGWART, N.21 zu Art. 580 OR, der ein Verschulden sogar bejaht, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft dem Ausscheidenden nicht mehr zumutbar, von den übrigen aber nicht zu vertreten ist – sogenanntes abstraktes Ausscheidungsver schulden, s.a. HAUSHERR, 143. Dies widerspricht m.E. dem Begriff des Verschuldens an sich, das eben eine subjektive Komponente hat, sogar haben muss. Wie hiez u SCHÄDLER, 42, zu Recht hervorhebt, hiesse dies, eine Kausalhaftung ungeschriebenen Rechts konstruieren.

¹⁴⁸ Vgl. HARTMANN, N.4 zu Art. 619, N.26 zu Art. 596 OR, VON STEIGER, 609 – entsprechende Auswirkung auf das beibehaltene, im Rahmen der Revision aber sehr umstrittene, Konkurrenzverbot des Kommanditars – Art. 561 i.V. mit Art. 598 II OR, vgl. HARTMANN, N.13 zu Art. 598 OR, VON STEIGER, 625 f.

¹⁴⁹ Vgl. auch VON STEIGER, 561, inkl. N.47; eingehend zur Rolle des Verschuldens bei den verschiedenen Ausscheidensgründen SCHÄDLER, 42 ff.

¹⁵⁰ Sowie der übrigen Voraussetzungen, d.h. Schaden und adäquater Kausalzusammenhang, s.vorst. bei Fn.144.

¹⁵¹ Vgl. HARTMANN, N.19 zu Art. 580 OR, z.B. Liquidations- statt Abfindungsbilanz als Grundlage, SIEGWART, N.20 zu Art. 580 OR, VON STEIGER, 561 inkl. N.47. Unhaltbar ist jedoch die Berücksichtigung des Verschuldens in doppelter Weise, vgl. ZR 64(1965)147, S.242.

¹⁵² So auch VON STEIGER, a.a.O. – vgl. auch vorst. Fn.144.

ausscheidenden Gesellschafter handelt,¹⁵³ entsteht die entsprechende Forderung im Zeitpunkt des Ausscheidens, d.h. mit Eintreten des Ausscheidensgrundes.¹⁵⁴

Da die Natur des Rechtsverhältnisses, nämlich das Vorliegen eines obligatorischen Anspruchs, keine Abweichung verlangt,¹⁵⁵ wird der Abfindungsanspruch im Einklang mit Art. 75 OR auch sogleich, d.h. im Zeitpunkt der Entstehung fällig. Eine anderslautende Vereinbarung bleibt vorbehalten.¹⁵⁶ Diese Ansicht darf zwar als die herrschende bezeichnet werden, ist aber nicht unumstritten. Insbesondere wird Eintritt der Fälligkeit häufig von der rechtskräftigen Festsetzung der Höhe des Abfindungsanspruches abhängig gemacht.¹⁵⁷ Eine Forderung kann indes ohne weiteres auch vor der umfangmässig endgültigen Festlegung fällig werden. Die Liquidität der Forderung bildet also nicht Voraussetzung für den Eintritt der Fälligkeit.¹⁵⁸ Es genügt die Bestimmbarkeit; diese aber ist durch den Zeitpunkt des Ausscheidens gegeben.¹⁵⁹

¹⁵³ Letzteres ist jedoch wie ausgeführt für den Kommanditär i.d.R. nicht aktuell, vgl. vorst. IV 2.3.1 (a.E.).

¹⁵⁴ Vgl. dazu auch vorst. III 2, sowie VON STEIGER, 418, BOLLMANN, 82, HARTMANN, N.5 zu Art. 580 OR; ZR 64(1965)147, S.239.

¹⁵⁵ Vgl. die betreffend Rechtsnatur herrschende, auch hier vertretene Auffassung, vgl. vorst. III 2; s.a. ZR a.a.O., S.240.

¹⁵⁶ So VON STEIGER, 418, inkl. N.206, 555, (anders offenbar betr. GmbH, vgl. dens. im Zürcher Kommentar zum Recht der GmbH, N.28 zu Art. 822 OR, gl. DORSCH, 150), SIEGWART, N.27 zu Art. 580 OR, WICKI, 55, BOLLMANN, 82, SCHÄDLER, 50, differenzierend je nach Abrechnungsmethode, d.h. sofortige Fälligkeit nur bei Bestimmung des Abfindungsguthabens aufgrund der Buchwerte oder letzten Jahresbilanz, vgl. auch S.11; BGE 87 II 163, 100 II 382, ZR 64(1965)147, S.240, 82(1983)70; für das deutsche Recht: BAUMBACH/DUDEN, Anm. 4E zu § 138 HGB, SCHLEGELBERG/GESSLER, Anm. 25 zu § 138 HGB, SUDHOFF, 401, aufgrund von § 271 BGB, nicht ganz klar SCHMIDT, 74, 120 f., der sich im vorliegenden Zusammenhang mehr auf die – schwierigen und wichtigen – Haftungsfragen konzentriert.

¹⁵⁷ So HARTMANN, N.5 und N.20 zu Art. 580 OR, HAUSHERR, 82, 99, 100, 116, WIKI, 55, SCHÄDLER, 11, 50; gem. WIELAND, 721 Anm. 35, Voraussetzung sogar die tatsächliche Abwicklung, als Ausfluss der von ihm befürworteten gesellschaftsrechtlichen Auffassung des Abfindungsanspruchs, vgl. aber auch LEHMANN/DIETZ, 209, SCHLEGELBERG/GESSLER, Anm. 22 zu § 177 HGB. – Gem. MOSER, 34, 70/71 ff., Fälligkeit in dem Zeitpunkt, da die «nach Treu und Glauben handelnde Gesellschaft die Abschlussbilanz hätte erstellen können». Dagegen aus Gründen der Rechtssicherheit BGE 100 II 382. – Fälligkeit nach Erledigung der schwebenden Geschäfte befürwortet in Sem.jud. 100(1978)505.

¹⁵⁸ Vgl. ZR 64(1965)147, S.240, BGE 87 II 160 ff., 53 II 342 f.

¹⁵⁹ Vgl. BOLLMANN, 82; ZR, a.a.O.; häufig bei Beendigung von Dauerschuldhältnissen. – Sogar die Verjährung kann vor Festsetzung der Höhe einer Forderung ablaufen, vgl. ZR, a.a.O., S.240 f., BGE 87 II 158 f.

Vertraglich kann die Fälligkeit grundsätzlich beliebig geregelt werden, möglich ist auch die Vereinbarung von Ratenzahlungen oder Sicherstellung der Forderung.¹⁶⁰

Der Richter darf derartige Massnahmen, insbesondere eine Stundung der Abfindungsforderung, nur nach Abwägung der Interessen der Gesellschaft gegenüber denjenigen des ausscheidenden Gesellschafters, bzw. Kommanditärs, im Einzelfalle anordnen – als allgemeine Regel dann, wenn die sofortige Geltendmachung als rechtsmissbräuchlich gelten müsste. Eine grundsätzliche Stundungspflicht des Ausscheidenden hingegen ist abzulehnen.¹⁶¹ Im Zweifel ist die gestundete Forderung zu verzinsen.¹⁶²

Mit der Fälligkeit beginnt schliesslich auch die Verjährungsfrist für die Abfindungsforderung zu laufen. Mangels abweichender gesetzlicher Ordnung beträgt sie zehn Jahre (Art. 127, 130 OR).¹⁶³

VI. Geltendmachung des Abfindungsanspruchs

Aktivlegitimiert ist der Ausgeschiedene, allenfalls seine Erben,¹⁶⁴ im Falle der Ausschlössung wegen Zahlungsunfähigkeit das Betreibungs- bzw. Konkursamt.¹⁶⁵

Passivlegitimiert ist die aufrechtstehende Gesellschaft, eventuell deren Rechtsnachfolger, nicht etwa der oder die Komplementäre.¹⁶⁶ Anders nur,

¹⁶⁰ Zu den Grenzen vgl. vorst. IV 1.

¹⁶¹ Vgl. ZR 64(1965)147, S.240, VON STEIGER, 418 f., BOLLMANN, 82 f., WIKI, 55, SCHÄEDLER, 50 f.; auch im Verlaufe des üblichen Geschäftsbetriebs kann die Gesellschaft gezwungen sein, kurzfristig für liquide Mittel zu sorgen, so zu Recht ZR a.a.O., Sem.jud. 80(1958)502.

¹⁶² Vgl. SCHÄEDLER, 51, HARTMANN, N.5 zu Art. 580 OR, MOSER, 71, U.Huber, 330, SUDHOFF, 275, s.a. vorst. IV 1 (a.E.). Gem. HARTMANN, a.a.O., soll der gleiche Zinssatz wie für die Kapitalanteile der Gesellschafter massgebend sein. Insofern besteht in diesem Punkt materiell kein Unterschied zu BGE 97 II 231 f., wonach Zinsen für die Einlage bis zur völligen Befriedigung des Ausgeschiedenen nach Gesellschaftsvertrag zu zahlen seien; s.a. BGE 100 II 383, der sich zwar auf den vorgenannten BGE abstützt (vgl. S.381 f.), jedoch den Zinssatz selber offensichtlich nicht dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag entnimmt; gegen eine andauernde Geltung der Verzinsung gem. Gesellschaftsvertrag ZR 7(1908)91, lediglich für Einräumung von Verzugszinsen nach erfolgter Mahnung ZR 64(1965)147, S.241.

¹⁶³ Vgl. auch VON STEIGER, 419; ZR 64(1965)147, BGE 87 II 158 ff., 163.

¹⁶⁴ Vgl. dazu nachst. § 8.

¹⁶⁵ So HARTMANN, N.8 zu Art. 578 OR.

¹⁶⁶ Vgl. SIEGWART, N.18 zu Art. 619 OR, HARTMANN, N.8 zu Art. 619 OR, ZBJV 44(1908)441, BGE 22/882.

falls neben dem ausscheidenden Kommanditär nur ein unbeschränkt haftender Gesellschafter vorhanden war, also im Falle von Art. 579 OR. – Subsidiär und unter sich solidarisch haften – sofern die Belangbarkeitsvoraussetzungen¹⁶⁷ gegeben sind – die verbleibenden¹⁶⁸ Gesellschafter, auch der neu eingetretene oder allenfalls neu eintretende.¹⁶⁹

Der Gesellschafter, auch der Kommanditär, kann seinen vollen Abfindungsanspruch geltend machen und muss sich nicht etwa seinen eigenen, der ehemaligen Verlusttragungspflicht entsprechenden Teil davon abziehen lassen.¹⁷⁰ Dies, auch wenn die Gesellschaft aufgelöst wird und die früheren Mitgesellschafter – die fortsetzenden also – persönlich haftbar werden.¹⁷¹ Der Ausgeschiedene ist nicht mehr solidarisch mit den ehemaligen Mitgesellschaftern verpflichtet. Entsprechend ist die aus den Vorschriften der Solidarität abzuleitende Vermutung einer teilweisen Übernahme der Zahlung vom Zeitpunkt der Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses an, d.h. ab Zeitpunkt des Ausscheidens, aufgehoben.¹⁷² Daher hat der Ausgeschiedene auch ein *volles* Regressrecht, falls er nach seinem Ausscheiden von Gesellschaftsgläubigern aus seiner Haftung¹⁷³ in Anspruch genommen wird.¹⁷⁴

Die Behandlung des Ausgeschiedenen als gewöhnlicher Drittgläubiger rührt daher, dass die interne endgültige Verlusttragung bei Festsetzung der Abfindungssumme selbst (insbesondere bei Festsetzung in einer eigentlichen Abfindungsbilanz) bereits voll berücksichtigt worden ist.¹⁷⁵

¹⁶⁷ Dazu nachst. § 11, IX 1.

¹⁶⁸ Unzutreffend SCHÄEDLER, 11, dazu Fn.169 nachst.; wie hier VON STEIGER, 536.

¹⁶⁹ Art. 612 OR. Vgl. VON STEIGER, 419, N.210, 555, SCHÄEDLER, 11, Hartmann, N.4 zu Art. 580, N.4 zu Art. 569, N.8 zu Art. 619 OR, SIEGWART, N.29 zu Art. 580 OR, vgl. aber N.28! ZBJV 44(1908)441; anders für das deutsche Recht, da dort die Haftung nicht subsidiär ausgestaltet ist, vgl. § 738 I Satz 2 BGB, i.V. mit § 105 II HGB, U. HUBER, 319.

¹⁷⁰ Unzutreffend SCHÄEDLER, 11, vgl. dazu noch nachst. § 11, VII 2.1.3.

¹⁷¹ D.h. die Belangbarkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 568 III OR gegeben sind, vgl. dazu nachst. § 11, IX 1.

¹⁷² Zutreffend HARTMANN, N.12 zu Art. 576 OR.

¹⁷³ Gegen aussen bleibt der Ausgeschiedene voll haftbar, auch wenn ihm die betreffende Schuld intern angerechnet worden war – vgl. auch SIEGWART, N.19 zu Art. 619 OR, VON STEIGER, 557 – es sei denn, er habe mit einem oder allen Gläubigern eine ausdrückliche Befreiung vereinbart bzw. sei von einzelnen oder allen aus der Haftung entlassen worden – vgl. nachst. § 11, VII 2.1.3.

¹⁷⁴ Vgl. HARTMANN, N.12 zu Art. 576 OR, SIEGWART, N.6 zu Art. 576, N.41 zu Art. 568/69 OR, richtig hier auch SCHÄEDLER, 49, unzutreffend VON STEIGER, 557 i.V. mit 542 f. Anders ausnahmsweise, falls die betreffende Schuld bei Festsetzung der Abfindungssumme nicht berücksichtigt worden war, vgl. nachst. a.a.O.

¹⁷⁵ Vgl. nachst. § 10, II. S.a. U. HUBER, 266.

§ 8 Abfindungsanspruch der Erben bei Ausscheiden des Kommanditärs durch Tod

I. Allgemeines

Die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft ist nicht nur von Gesetzes wegen unübertragbar, sondern gleichermassen grundsätzlich unvererblich, beides als Ausfluss von Art. 542 OR.¹

Der Tod eines Personengesellschafters bewirkt entsprechend in der Regel die Auflösung der Gesellschaft (Art. 545 I Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 574 und Art. 598 OR). Das Gesetz selbst gibt allerdings in Art. 545 I Ziff. 2 OR a.E. zu verstehen, dass eine Vermeidung dieser harten und in vielen Fällen sinnwidrigen, dem Bestandesschutz zu wenig Rechnung tragenden Folge möglich sein solle. Die Formulierung daselbst ist jedoch nicht völlig klar. Die Lehre hat davon ausgehend eine Vielfalt von vertraglichen Lösungsmöglichkeiten, sogenannten «Klauseln»,² herauskristallisiert, die allgemein akzeptiert worden sind. Lehre und Rechtsprechung haben des weiteren den diesbezüglich eindeutigen Wortlaut von Art. 545 I Ziff. 2 OR ausgedehnt und auch nach dem Tode des Gesellschafters getroffene Vereinbarungen, also Vereinbarungen zwischen den verbleibenden Gesellschaftern und den Erben, zugelassen.³ Nach wie vor gibt aber das Zusammentreffen von Gesellschaftsrecht und Erbrecht zu mannigfachen Denkopoperationen und Abwägungsproblemen Anlass. Eine völlige Auslotung der Problematik ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht möglich. Es sollen aber immerhin die wichtigsten Probleme kurz

¹ Vgl. HAUSHEER, Gesellschaftsvertrag, 138: «Im Hinblick auf den Tod eines Gesellschafters wird die Frage der Übertragbarkeit der Mitgliedschaft zur Frage ihrer Vererblichkeit». Zur Übertragung der Mitgliedschaft des Kommanditärs unter Lebenden, der sogenannten «Übertragung der Kommandite» vgl. nachst. § 11, VIII 5.

² Vgl. die umfassende Darstellung bei HAUSHEER, 107 ff., ders., Gesellschaftsvertrag, 105 f., 129 ff., VON GREYERZ, 69 ff., VON STEIGER, 424 ff., s.a. ZOBL, 191 ff., 208; zur Erbfolge in der Personengesellschaft allgemein und ausführlich WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, 151 ff., allerdings betr. Kommanditisten bzw. Kommanditär zu einem anderen Schluss gelangend (vgl. S.232) als nachst. im Text vertreten, s.a. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 980 ff.

³ Vgl. VON STEIGER, 425; BGE 70 II 56.

gestreift werden, soweit sie im vorliegenden Zusammenhang überhaupt relevant sind.

II. Gesetzlicher Abfindungsanspruch der Kommanditärerben

Das Gesetz bestimmt in Art. 619 II OR, dass der Tod des Kommanditärs⁴ – in Abweichung von Art. 545 I Ziff. 2 OR – die Auflösung⁵ der Gesellschaft nicht zur Folge habe.⁶ Den Erben steht also kein Liquidationsanspruch zu.

Damit ist die negative Konsequenz festgelegt.⁷

Was aber gilt von Gesetzes wegen in positiver Hinsicht? Unbestreitbar und unbestritten eine Fortsetzung der Gesellschaft, aber wie? Soll die Gesellschaft mit oder ohne Erben, d.h. unter Abfindung der letzteren, fortgesetzt werden bzw. – um Begriffe der neueren Rechtspraxis zu verwenden – enthält Art. 619 II OR eine einfache Fortsetzungs- oder eine Nachfolgeklausel?⁸ Welche abweichende Regelung bedarf der Vereinbarung?

Die Frage wird häufig überhaupt nicht deutlich erfasst.⁹

⁴ Dem Tod des Kommanditärs als natürliche Person ist gleichzustellen die Auflösung inkl. Liquidation einer juristischen Person bzw. Handelsgesellschaft in Kommanditärstellung, so VON STEIGER, 650, 454 f., HARTMANN, N.21 zu Art. 619 OR, WIELAND, 833, SCHILLING, Anm. 9 zu § 177 HGB, KLAUSS/MITTELBACH, 247, Anm. 439.

⁵ Vertraglich o.w. vereinbar – so auch HARTMANN, N.13 zu Art. 619 OR, GUHL/MERZ/KUMMER, 600 – mit den dargelegten Folgen der Liquidation der Gesellschaft, vgl. vorst. § 5.

⁶ D.h. im Gegensatz zum Tod des Komplementärs, kritische Würdigung dieser Ordnung bei HAUSHEER, 101 ff.

⁷ Diesbezüglich gleich § 177 HGB.

⁸ Lediglich die *Nachfolgeklausel* macht die Mitgliedschaft gesellschaftsrechtlich vererblich (vererbt sie aber nicht: Wahrung des Prinzips der Gesamtrechtsnachfolge im Erbrecht), vgl. VON STEIGER, 427, N.241, VON GREYERZ, 90 f. Die *Fortsetzungsklausel* hat bei Tod des Gesellschafters nur einen Abfindungsanspruch zur Folge, vgl. VON GREYERZ, 78/9. Die *Eintrittsklausel* gibt dem oder den Erben ein Recht auf eine entsprechende Willenserklärung, um in die Gesellschaft einzutreten, vgl. HAUSHEER, Gesellschaftsvertrag, 135. – Zu den vermögensrechtlichen Folgen der beschränkten (bzw. qualifizierten) Eintritts- und Nachfolgeklausel für die «weichenden Erben» vgl. U.HUBER, 440 ff., 495 ff., prägnante Zusammenfassung S.483 ff.

⁹ In den langen Jahren der Revision scheint man sich darüber keine Gedanken gemacht zu haben; auch im übrigen wird die Frage häufig übersehen, vgl. z.B. R.REINHARDT, 339. Nicht zwingend ist m.E. eben – entgegen WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, 58, 232 – der Schluss vom Negativen auf das Positive, ähnlich SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1156, SCHAUB, 16.

Meines Erachtens ist der Fortsetzung der Gesellschaft unter den *verbleibenden* Gesellschaftern unter *Abfindung der Erben* als subsidiärer gesetzlicher Lösung der Vorzug zu geben.

Der Ausschluss der Auflösung durch Art. 619 II in Verbindung mit Art. 545 I Ziff. 2 OR bedeutet m.E. nur, dass die Gesellschaft fortbestehen bleibt, dass also nicht liquidiert wird¹⁰⁾ (einfache Fortsetzungsklausel¹¹⁾), nicht aber, dass fremde Elemente, wie dies Erben in jedem Falle darstellen, ohne weiteres die Mitgliedschaft weiterführen (einfache Nachfolgeklausel¹²⁾). Die allenfalls zurückgesetzte Stellung des Kommanditärs vermag dafür keine ausreichende Begründung zu bilden.¹³ Sie lässt im Gegenteil den plötzlichen Eintritt von einer unter Umständen grösseren Zahl von Erben¹⁴ in die – häufig knapp mehrgliedrige – Gesellschaft ohne jegliche Mitwirkung oder Zustimmung der überlebenden Gesellschafter besonders unmotiviert erscheinen.¹⁵ Es würde auch das Gleichgewicht innerhalb der

¹⁰ Gem. HOFFMANN, Ber. II, 25, wollte eine Handelskammer dem Kommanditär sogar bei Kündigung aus wichtigem Grund (Art. 545 I Ziff. 7 revOR) nicht das Auflösungsrecht, sondern nur den Anspruch auf Abfindung geben, d.h. Ausscheiden und Abfindung bilden die besonders naheliegende Ersatzlösung betr. Kommanditär, wenn vermieden werden soll, dass die Gesellschaft aufgelöst wird.

¹¹ Wie hier VON STEIGER, 648 (vgl. aber S.650), VON GREYERZ, 78/79, 83 (vgl. jedoch S.90).

¹² Diese abweichende Ansicht, d.h. Fortsetzung mit den Erben von Gesetzes wegen, kann als herrschend gelten, vgl. z.B. SIEGWART, N.1 und N.3 zu Art. 619 OR (u.a. zwecks Vermeidung der Störung gesellschaftlichen Betriebes, v.a. aber wegen der hier als unzutreffend und überholt zu bezeichnenden Ansicht, wonach das Ausscheiden einer teilweisen Auflösung gleichkomme, vgl. vorst. § 7, III 1), vgl. auch N.5/7 zu Art. 545/47 OR; auf SIEGWART basierend offenbar REBSAMEN/SCHMIDT, z.B. 3.2.8, Anm. 1, s.a. FUNK, N.3 zu Art. 619 OR, sodann HART-MANN, N.13 (ff.) zu Art. 619 OR; unklar, d.h. beide Möglichkeiten offenlassend GUHL/MERZ/KUMMER, 6.A., 561, wohl i.S. der herrschenden Meinung 7.A., 600, gl. GUHL, Jurist. Karte Nr.762, S.2, VON STEIGER, 650, (vgl. demgegenüber S.648), VON GREYERZ, 90 (unter Berufung auf HAUSHEER, 130, letzterer aber ohne direkt auf den Kommanditär bezugnehmende Begründung), jedoch im Widerspruch zu seinen Ausführungen auf S.78/79, 83 unten, SCHAUB, 16, offenbar auch ZOBEL, S.188 i.V. mit 208, EHRSAM, 95/6 i.V. mit 93; vorherrschende Meinung offenbar auch in der deutschen Lehre, vgl. schon WIELAND, 769/70, BOHNENBERG, Anm. I zu § 177 HGB, LEHMANN/DIETZ, 207, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1143, 1156, WEIPERT, 270 f., DONNER, 289, HUECK, 147, R. REINHARDT, 339, LEMBERGER, 37, mit weiteren Zitaten in Anm. I.

¹³ So EHRSAM, 96, mit Ausführungen über die abstrakte Treupflicht eines Gesellschafters, vgl. auch SIEGWART, N.3 zu Art. 619 OR, SCHAUB, 16.

¹⁴ Zur Streitfrage, ob die Erbengemeinschaft als Ganzes oder einzelne Erben – ut singuli – eintreten (können), s. kurz Fn.25 nachst.

¹⁵ Zum spezifischen Vertrauensverhältnis der Mitglieder einer Personengesellschaft unter sich vgl. VON ARX, 15 f., insbes. auch betr. den Kommanditär, dessen Recht sich nicht in seinen ökonomischen Beziehungen zur Gesellschaft erschöpft, ders. 17 f., so auch ausdrücklich das BGer. in ZR 3(1904)218, s.a. ZR 82(1983)70 (betr. Kollektivgesellschaftler). Der Ansicht und Begründung von SCHAUB, 16, wonach die Stellung des Kommanditärs «einer blossen Kapitalbeteiligung» nahekommte, kann nicht gefolgt werden, u.a. im

Gesellschaft erheblich stören – weit mehr als die Bezahlung einer (entsprechend der allenfalls auch geringen finanziellen Beteiligung) vertretbaren, durch Vertrag beschränkbaren Abfindungssumme. Eine solche Beteiligung von fremden Elementen kann m.E. insbesondere in einer Personengesellschaft ausschliesslich durch Vereinbarung, d.h. durch Eintritts- oder Nachfolgeklausel¹⁶ ermöglicht werden.¹⁷ Uebrigens sollen auch die Erben nicht riskieren müssen, unvermutet ipso iure einer Gesellschaft anzugehören, an deren Mitgliedschaft sie unter Umständen nicht interessiert sind,¹⁸ insbesondere angesichts der allenfalls doch recht einschneidenden Haftungsfolgen.¹⁹ Wer wäre übrigens automatisch nachfolgender «Erbe» im Falle, dass eine juristische Person oder Handelsgesellschaft die Kommanditärstellung innegehabt hätte (Art. 594 II OR), deren Auflösung bzw. endgültige Liquidation gemeinhin dem Tode einer natürlichen Person gleichgesetzt wird?²⁰

Der Tod eines Kommanditärs bedeutet somit m.E. ein echtes Ausscheiden als Gesellschafter;²¹ er ist – sprachbegrifflich betrachtet – sozusagen der Prototyp eines Ausscheidensgrundes. Daher kann er nur die übliche gesetzliche Folge, nämlich den Abfindungsanspruch im Sinne von Art. 580

Hinblick auf krasse, «atypische» Fälle der herrschenden Kommanditäre, für welche die angebliche gesetzliche Nachfolgeregelung auch gelten müsste.

¹⁶ Vgl. dazu kurz vorst. Fn.8. Gegen die Möglichkeit einer einseitigen Anordnung von Nachfolgeklauseln für Kollektivgesellschafter und Komplementäre wegen der Unzulässigkeit des Vertrags zugunsten Dritter, der Unvererblichkeit personenbezogener Arbeitsverpflichtungen, der Unbeschränkbarkeit der Handlungsfähigkeit etc. vgl. SCHAUB, 22 ff.

¹⁷ Entsprechend hält sogar PATRY, Précis, 332 f., der sonst die Analogie vom Kommanditär zum Aktionär sehr weit führt, fest, dass der Gesellschaftsvertrag die Kommanditbeteiligung selten generell übertragbar mache, dass er vielmehr – auch im Hinblick auf den Kommanditär – «intuitu personae» abgeschlossen werde.

¹⁸ Zu den Problemen der Partnerwahl- und Abschlussfreiheit s.a. BOLLMANN, 40; zum Problem der persönlichen Freiheit der Erben und deren Wahrung vgl. HAUSHEER, 110, 116, ders., Gesellschaftsvertrag, 137, 140, HELD, 417, VON STEIGER, 427 f., VON GREYERZ, 83, 93; zu den erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Befreiungsmöglichkeiten schon HARTMANN, N.13 und N.15 zu Art. 574 QR, SCHAUB, 25 f., 29; seine Argumente gelten im Grundsatz genau gleich für den Kommanditär.

¹⁹ Dazu z.B. WEIPERT, 270 ff.

²⁰ Vgl. Fn.4 vorst.

²¹ Gem. HARTMANN, a.a.O., kommt die endgültige Liquidation einer Kommanditargesellschaft ausdrücklich einem *Ausscheiden* gleich. – Auch der Tod des Kollektivgesellschafters oder Komplementärs kann vertraglich zum blossen Ausscheidensgrund erklärt werden – vgl. HARTMANN, N.7 zu Art. 576 OR, HAUSHEER, Gesellschaftsvertrag, 134, VON GREYERZ, 79. Art. 545 I Ziff. 2 OR ist also auch in dem Sinne nicht zwingend, dass beim Tod des Gesellschafters nur die Fortsetzung *mit den Erben* möglich sein solle.

OR zeitigen. Auf diesen vermögensrechtlichen²² Anspruch²³ also, den sie im Nachlass des verstorbenen Kommanditärs vorfinden,²⁴ bleiben die Erben des Kommanditärs beschränkt.²⁵ Im übrigen wächst der Anteil des Kommanditärs den überlebenden Gesellschaftern an.²⁶

Damit bei Tod des Kommanditärs ein Abfindungsanspruch entstehe, bedarf es somit keiner speziellen Übereinkunft unter den Gesellschaftern bzw. zwischen den Gesellschaftern mit den Erben, höchstens der Mitwirkung der letzteren betreffend Festsetzung der Abfindungssumme.²⁷ Mit anderen Worten ersetzt Art. 619 II OR den Art. 576 OR, der sich mit der Möglichkeit des Ausscheidens befasst, und hat nicht Bezug auf Art. 545 I Ziff. 2 OR, der zwar die Fortsetzung mit den Erben als Möglichkeit erwähnt, dies aber eben ausdrücklich nur für die Fälle, in denen der Tod des Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hätte.

Betreffend Umfang dieses gesetzlichen Abfindungsanspruches gelten die Ausführungen zum Abfindungsanspruch bei ersatzlosem Ausscheiden des Kommanditärs zu Lebzeiten im allgemeinen.²⁸ Erst recht sind die Art. 792 II und Art. 686 IV OR zu berücksichtigen, welche die Entschädigung zum «wirklichen Wert» ausdrücklich für Erben, welche nicht zur Gesellschaft stossen, verlangen.²⁹ Im Regelfall wird kein Verschulden des Ausgeschiedenen zu veranlassen sein.³⁰

Abweichend von seinem Tode ist hingegen m.E. der Eintritt eines *Entmündigungsfalles* beim Kommanditär zu behandeln. Zwar ist die negative Konsequenz gemäss Art. 619 II OR dieselbe wie beim Tod des Kommanditärs. Auch seine Entmündigung führt im Gegensatz zu der-

²² So die herrschende und auch hier vertretene Auffassung betr. Rechtsnatur, vgl. vorst. § 7, III 2.

²³ Ist der Kapitalanteil negativ, hat hingegen kein Nachschuss zu erfolgen, vgl. vorst. § 7, III 2.3. Die Kommanditärerben erben also keinesfalls – abweichende vertragliche Regelung vorbehalten – eine *Abfindungsschuld* gegenüber der Gesellschaft.

²⁴ Vgl. VON GREYERZ, 79, 83, s.a. ZR 82(1983)70 für die Erben des Kollektivgesellschafters.

²⁵ Wie hier VON GREYERZ, 78, s.a. 83, VON STEIGER, 648, nicht ganz klar 650. – Damit entfällt das schwierige und umstrittene Problem, ob eine Erbengemeinschaft überhaupt Kommanditär sein könne bzw. ob eine Einzelrechtsnachfolge überhaupt möglich sei. Kurz zusammengefasst anerkennt das deutsche Recht und die deutsche Lehre den Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Erbrecht gem. HUECK, 124, ganz überwiegend, während die schweizerische Lehre gem. VON STEIGER, 454, für den Vorrang des Erbrechts plädiert.

²⁶ Vgl. statt vieler VON STEIGER, 545.

²⁷ Sogenannte Reflexrechte, vgl. vorst. § 7, III 2, s.a. BOLLMANN, 42.

²⁸ Vgl. vorst. § 7, IV.

²⁹ Vgl. vorst. § 7, Fn.107, s.a. BOLLMANN, 42.; BGE 100 II 379 (für die Erben eines Kollektivgesellschafters); anders offenbar LEMBERGER, 113 f.

³⁰ In diesem Sinne auch SIEGWART, N.21 zu Art. 580 OR.

jenigen des Komplementärs (Art. 545 I Ziff. 3 OR)³¹ nicht zur Auflösung der Gesellschaft. Jedoch ist dieser Fall m.E. dem Tod bezüglich seiner übrigen Konsequenzen nicht gleichzusetzen. Obwohl der Gesellschafter durch die Entmündigung bzw. das Eintreten des Bevormundungsgrundes sozusagen – in unterschiedlichem Ausmass – geistig stirbt,³² findet kein eigentliches Ausscheiden statt. Der Kommanditär ist noch vorhanden, wird aber von Gesetzes wegen – und zwar durch eine einzige Person – vertreten. Seine Mitgliedschaft erlischt nicht notwendigerweise.³³ Der Grund, der dazu führte, seine Entmündigung nicht als Auflösungsfall zu sehen, nämlich seine häufig geringe persönliche Beteiligung am Geschäftsgang, muss hier zum Verneinen auch eines blossen Ausscheidens führen.³⁴ Die Mitgliedschaft des entmündigten Kommanditars dauert also fort.³⁵ Für einen gesetzlichen Abfindungsanspruch bleibt kein Raum.³⁶ Vorbehalten bleibt wie immer die Möglichkeit einer abweichenden vertraglichen Regelung.

III. Vertragliche Regelung des Abfindungsanspruchs/Grenzen

Ist der vorliegend grundsätzlich festgestellte gesetzliche Abfindungsanspruch unentziehbar? Im Wesentlichen sei betreffend die Grenzen der Vertragsfreiheit auf die Ausführungen zum Ausscheiden des Kommanditars zu seinen Lebzeiten verwiesen.³⁷ Auch die Erben müssen sich nicht eine schrankenlose Schmälerung ihres Abfindungsguthabens gefallen lassen.

³¹ Zur Frage, ob der daselbst verwendete Ausdruck «bevormundet» auch die Fälle der Beiratschaft und Beistandschaft umfasst, vgl. SCHMIDLIN, 38 ff.

³² S.a. BOLLMANN, 46.

³³ Auch ein Unmündiger kann nach einhelliger Ansicht Kommanditärstellung haben, vgl. VON GREYERZ, 76/77, HARTMANN, N.27 zu Art. 552 OR, SIEGWART, N.3 ff. zu Art. 530, N.43 der Vorbem. zu Art. 530 ff. OR, HAUSHEER, 164.

³⁴ Vgl. auch vorst. § 7, I, zur Definititon des «Ausscheidens».

³⁵ So auch HAUSHEER, 168.

³⁶ Wie hier VON STEIGER, 650, HARTMANN, N.23 zu Art. 619 OR, SIEGWART, N.4 zu Art. 619 OR, FUNK, N.3 zu Art. 619 OR, unklar GUHL/MERZ/KUMMER, 6.A., 561, im hier vertretenen Sinne 7.A., 600.

³⁷ Vgl. vorst. § 7, IV 1.

Der vollständige Ausschluss von Abfindungsansprüchen³⁸ bzw. das Vorschreiben ungünstiger Bewertungen³⁹ kann unter Umständen der Herabsetzung unterliegen, d.h. als Verfügung von Todes wegen zugunsten der verbleibenden Gesellschafter aufgefasst und bei Verletzung des Pflichtteils der Erben anfechtbar erklärt werden.⁴⁰ Eine solche Herabsetzungsmöglichkeit scheidet aus, wenn die gleichen Bewertungsvorschriften auch bei Kündigung und anderen vertraglichen Ausscheidensgründen gelten.⁴¹

IV. Fälligkeit/Geltendmachung des Abfindungsanspruchs der Erben

Soweit keine vertraglich abweichende Regelung vorliegt, fallen sowohl Zeitpunkt der Entstehung als auch Fälligkeit des Abfindungsanspruchs der Erben mit dem Tode des Erblassers als dem Zeitpunkt des Ausscheidens zusammen.

Die Geltendmachung richtet sich nach den bereits gemachten Ausführungen.⁴² Aktivlegitimiert sind selbstverständlich diesfalls die gesetzlichen oder eingesetzten Erben des verstorbenen Kommanditärs, allenfalls die Kommanditärsgesellschaft in Liquidation.

³⁸ Sogenannte Akkreszenzklauseel gem. Ehrensam, 159.

³⁹ Gem. VON GREYERZ, 88, gegeben, sofern: nur Kapitalanteil ausbezahlt wurde, stille Reserven und Goodwill mitberücksichtigt blieben, auf letzte Jahresbilanz abgestellt worden war oder sonstige Abweichungen von anerkannten Regeln der Unternehmensbewertung vorliegen. – Gem. HARTMANN, N.9 zu Art. 580 OR, ist die Abfindung zum Buchwert, d.h. Stand Kapitalanteil gem. letzter Jahresbilanz für den Fall des Todes eines Gesellschafters grundsätzlich eher vertretbar, s.a. SIEGWART, N.2 zu Art. 580 OR, vgl. vorst. § 7, IV 1. Zu den Schwierigkeiten der Bewertung des Gesellschaftsanteils im Herabsetzungsverfahren in solchen Fällen, vgl. U.HUBER, 342 ff. Ihm gemäss ist grundsätzlich massgeblich, was der Gesellschafter erhalten hätte, wenn er die Gesellschaft auf den Zeitpunkt seines Todes wirksam gekündigt hätte – vgl. S.490, 465.

⁴⁰ Vgl. VON GREYERZ, a.a.O., 87 f.: auch Ungültigkeitsklage wegen mangelnder Form, SIEGWART, N.15 zu Art. 580 OR; BOHNENBERG, Anm. IV zu § 138 HGB.

⁴¹ Vgl. VON GREYERZ, 87, U.HUBER, 342.

⁴² Vgl. vorst. § 7, VI.

3. Kapitel

Verlusttragung durch den Kommanditär

§ 9 Verlusttragung während verbender Gesellschaft

I. Allgemeines

Der grundsätzlichen Berechtigung des Kommanditars auf Beteiligung am Gewinn, seiner allgemeinen Vollwertigkeit als Gesellschafter im Innenverhältnis entspricht auch seine Verantwortung, d.h. die grundsätzliche Verpflichtung zur *Mittragung* der durch die Gesellschaft erlittenen Verluste.

In der Literatur und Judikatur ist neben dem Begriff der Verlusttragung häufig der Begriff der «Verlustbeteiligung»¹ anzutreffen. In der Anwendung der beiden Begriffe herrscht Uneinheitlichkeit.² In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff der *Verlustbeteiligung* bewusst vermieden, da der Ausdruck vorweg an die Verteilung, nicht aber an die Verwirklichung der Verlusttragung anklingt, damit nur einen Teil des Bedeutungssolls erfüllt, sowie insbesondere, weil er – auf beiden Ebenen – einen zu aktiven Einschlag hat. Demgegenüber handelt es sich bei der Tragung von Verlusten – vom Gesellschafter her gesehen – jedenfalls um eine eigentliche Belastung, um ein Erleiden und Erdulden.³ Dies unabhängig davon, ob es um

¹ Analog zur Gewinnbeteiligung, vgl. auch die Marginalia zu Art. 601 und Art. 633 OR, dazu noch nachst. Fn. 14.

² Bei SIEGWART offenbar gleichwertig, vgl. N. 7–12 zu Art. 533, N. 1 im Vergleich mit N. 9 zu Art. 601 OR, ähnlich HARTMANN, in N. 8 zu Art. 601 OR, VON STEIGER, 621 ff. (z. B. S. 623, i. S. Aufteilung, S. 624, i. S. von endgültiger Befreiung); klare Unterscheidung bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N. 33, s. a. § 8, N. 36 und N. 38: «Beteiligung» für Anteil am Verlust, «Tragung» für Verwirklichung (i. S. der endgültigen Begrenzung von Art. 601 I OR), eher im umgekehrten Sinne GUHL/MERZ/KUMMER, 596.

³ Und insofern um eine Pflicht – der etwas schwerfällige Ausdruck *Verlusttragungspflicht* wird im folgenden jedoch nur ausnahmsweise verwendet.

die Bestimmung des Anteils des betreffenden Gesellschafters am Verlust⁴ oder um die Verwirklichung bzw. Übernahme dieses Verlustanteils (Verlusttragung im engen Sinne) gehe. Auf der letzteren Ebene tönt der hier verwendete Begriff bereits an, dass von Gesetzes wegen keine – aktive – Nachschusspflicht⁵ des Gesellschafters während der Dauer der Gesellschaft besteht, sondern lediglich eine entsprechende Belastung seines Kapitalanteils stattfindet.⁶

II. Definition des Verlustes

Unter Verlust ist ein negatives Jahresergebnis der Gesellschaft, d.h. die Verminderung des Geschäftsvermögens im abgelaufenen Geschäftsjahr (Art. 558 I OR)⁷ zu verstehen, welches den positiven Kapitalanteil des Gesellschafters mindert oder gar einen negativen Anteil schafft bzw. vergrössert. Ob das Kapitalkonto des Kommanditärs überhaupt negativ werden kann, ist allerdings umstritten.⁸

Der hier definierte Verlust im Sinne der KollG und KG ist somit wiederum⁹ ein relativer, indem nicht der Unterschied zwischen Anfangskapital im Sinne der ursprünglichen Einlagen¹⁰ und Kapital am Ende des jüngsten Geschäftsjahres, sondern nur das jeweilige Geschäftsjahr Bezugsgrösse ist.

Jeder Verlust, gleich wie der Gewinn, nimmt demnach den Weg über das Geschäftsvermögen. Der Verlust ist mithin analog dem Gewinn ebenfalls nicht der im besonderen Fall erlittene Einzelverlust, sondern nur der bilanzmässig ermittelte Jahres- und in diesem Sinne Gesamtverlust.¹¹

⁴ Von der Gesellschaft her betrachtet allerdings geht es um eine – aktive – Aufteilung des Verlustes.

⁵ Zur – passiven – Pflicht, Gewinne und Zinsen aus späteren Jahren stehen zu *lassen*, einer Unterlassungspflicht also, vgl. nachst. V, sowie ausführlich vorst. § 2, V 1.3, § 3, IV 1.3; ähnlich SCHILLING, Anm. 7 zu § 168 HGB.

⁶ Vgl. nachst. V 2. Zur Begrenzung des definitiven Verlustes auf die vereinbarte Einlage (nicht Kommanditsumme) bei Auflösung der Gesellschaft bzw. zur Überwälzung eines negativen Kapitalanteils auf die Komplementäre vgl. nachst. § 10, II.

⁷ Vgl. statt vieler HUECK, 107.

⁸ Vgl. dazu ausführlich nachst. V 2.

⁹ Wie der Gewinn, vgl. vorst. § 2, II.

¹⁰ Wiederum im Gegensatz zur AG, vgl. wiederum vorst. § 2, II.

¹¹ Vgl. WIELAND, 560.

III. Berechnungsgrundlagen

Hier kann im wesentlichen auf die Ausführungen zum Gewinn verwiesen werden, welche für die Verlustberechnung analoge Geltung haben.¹² Hervorzuheben ist, dass ein Geschäftsverlust auch durch die Belastung der Zinsen, welche echte Gesellschaftsschulden darstellen, bewirkt oder vergrössert werden kann.¹³

IV. Umfang der Verlusttragungspflicht: Anteil am Verlust

Die Rede ist hier von der *Aufteilung* der Verluste, welche die Gesellschaft *während* der Dauer ihrer Tätigkeit erleidet.¹⁴ Es geht somit vorläufig nicht um die *Verwirklichung* der Verlusttragungspflicht,¹⁵ weder während werdender Gesellschaft noch nach Auflösung derselben bzw. Ausscheiden des Kommanditärs. Diese m.E. wesentlichen Unterscheidungen werden von der Literatur und Judikatur zum Teil nur sehr mangelhaft getroffen.¹⁶ Vor allem wird bereits im Zusammenhang mit der Verlustaufteilung häufig Art. 601 I OR ins Spiel gebracht,¹⁷ welcher ausschliesslich die Deckung, bzw. insbesondere Begrenzung endgültig festgelegter Verlustanteile zum Gegenstand hat und somit ausschliesslich Fragen der Verwirklichung der Verlusttragungspflicht (insbesondere bei Beendigung der Mitgliedschaft des Kommanditärs) beschlägt.¹⁸

Der Verlustanteil des einzelnen Gesellschafters, auch des Kommanditärs, am Jahresverlust der Gesellschaft, wird als Internum – wie die Gewinnbeteiligung in der Reihenfolge der Aufzählung durch Vertrag, durch spezielle Vorschriften aus dem Rechte der KG, ergänzend durch

¹² Vgl. vorst. § 2, III.

¹³ Vgl. vorst. § 3, IV 1.3, SIMON, 56.

¹⁴ Und damit i. d. R. der Gesellschafter: Unpassend daher m.E. das Marginale Gewinn- und Verlustbeteiligung zu Art. 601 OR – gleich bereits E I Art. 604 – dito zu Art. 533 OR; zutreffend der Ausdruck «Gewinn- und Verlustverteilung» in § 168 HGB, ebenso «Anteil» am Gewinn bzw. am Verlust im Text von Art. 533 I und II OR.

¹⁵ I.S. der allfälligen Deckung von Verlusten – analog dem Bezugsrecht bei Zinsen und Gewinn.

¹⁶ Deutlich MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.33, vgl. auch Fn.2 vorst.; vgl. hingegen z.B. BGE 42 II 127 ff.

¹⁷ Vor allem VON STEIGER, 621 ff., so offenbar auch HIRSCH, 163, weniger ausgeprägt HARTMANN, N.9 ff. zu Art. 601 OR, sowie SIEGWART, N.9 ff. zu Art. 601 OR.

¹⁸ Dazu nachst. § 10, II.

Vorschriften aus dem Rechte der KollG und schliesslich allenfalls durch Vorschriften aus dem Rechte der einfachen Gesellschaft bestimmt (Art. 598 I und II OR). Indirekt ist die Teilnahme des Kommanditärs am Verlust auch während der Dauer der Gesellschaft durch sein begrenztes Recht, seinen Kapitalanteil zu äufnen, beschränkt.¹⁹

1. Gesellschaftsvertrag

Die Festlegung des Verlustanteils des einzelnen Gesellschafters pro Geschäftsjahr ist grundsätzlich den Gesellschaftern frei überlassen. Der Kommanditär als prinzipiell nicht zur Geschäftsführung berechtigter²⁰ Gesellschafter (Art. 600 I OR), ohne Widerspruchsrecht betreffend Handlungen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes, ist der Geschäftsführung der Komplementäre weitgehend ausgeliefert. Er wird folglich gut daran tun, eine klare Regelung seines jeweiligen Anteils am Verlust²¹ in den Gesellschaftsvertrag²² aufnehmen zu lassen.

Ist gar ein völliger Ausschluss von der Verlusttragungspflicht durch Vereinbarung²³ möglich? Diese in Literatur und Judikatur für den Personengeschafter allgemein umstrittene Frage²⁴ der sogenannten «societas leonina»²⁵ wurde für den Kommanditär seit jeher überwiegend

¹⁹ Vgl. Art. 601 III OR, dazu vorst. § 2, V 2, § 3, IV 2.

²⁰ Und auch nicht dazu verpflichtet.

²¹ Aber auch seiner Verwirklichung während und nach Auflösung der Gesellschaft, insbes. auch eine über das Gesetz (Art. 601 I OR) hinausgehende Verlustbegrenzung.

²² Gleichwertig sind wie beim Gewinn allfällige Gesellschafterbeschlüsse sowie u.U. ein konkludentes Verhalten, vgl. VON STEIGER, 621, HARTMANN, N.7 zu Art. 558 OR.

²³ Gem. GRAF, 86, ist dies jedenfalls beim partiarischen Darlehen begrifflich ausgeschlossen.

²⁴ Für eine grundsätzlich zwingende Geltung des Verbots des völligen Verlustausschlusses z.B. BECKER, N.11 zu Art. 533 OR, HARTMANN, N.7 zu Art. 558 OR, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 8, N.36, GRAF, 71; BGE 24 II 113, 26 II 241; s.a. REICHWEIN, 360, 2. Sp. (für den stillen Gesellschafter); WILAND, 746, Anm. 9, für das schweizerische, anders für das deutsche Recht; a.A. VON STEIGER, 388 f., einschränkend auch SIEGWART, N.7 ff. zu Art. 533 OR; BGE 99 II 305 (Verlusttragung für Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses nicht entscheidend).

²⁵ In ihrer heutzutage verbreiteten Bedeutung des vollständigen Ausschlusses von Verlust, vgl. z.B. BECKER, N.11 zu Art. 533 OR, vgl. zur ursprünglichen Bedeutung des Gewinn-ausschlusses vorst. § 2, IV 1.

im positiven Sinne beantwortet.²⁶ Dabei erfolgt häufig der Verweis auf die zurückgesetzte Stellung des Kommanditärs, unter anderem auch auf seine mangelhafte Möglichkeit, die Geschäftsführung zu beeinflussen.²⁷

Der herrschenden Auffassung darf wohl entnommen werden, dass sie die *Möglichkeit* der Befreiung von der Verlusttragungspflicht auf allen Ebenen, d.h. während der Dauer und nach Beendigung der Mitgliedschaft, vor allem aber je sowohl im Zusammenhang mit der Aufteilung des Verlustes als auch auf der Ebene der Verwirklichung der Verlusttragung akzeptiert. Dem ist grundsätzlich nicht zu widersprechen, sind doch sämtliche Vorschriften aus dem Rechte der Personengesellschaften, die das Innenverhältnis betreffen, dispositiv. Dies gilt folglich ohne weiteres auch für die Regeln über die Verlustaufteilung (Art. 533, Art. 601 II, Art. 549 II OR), sowie über die Verwirklichung der Verlusttragung während der Dauer und bei Beendigung der Mitgliedschaft (Art. 601 I OR).²⁸

Schwierigkeiten können jedoch im Rahmen der Interpretation von Vertragsbestimmungen auftreten, die eine an sich erlaubte Befreiung von der Verlusttragung festlegen, sie aber nicht näher umschreiben. In diesem Zusammenhang kommt der Unterscheidung der verschiedenen Ebenen Bedeutung zu, denn die Konsequenzen weichen in wesentlichen Punkten voneinander ab.

Denkbar ist die *Befreiung von jeglicher Verlusttragung*,²⁹ d.h. eine Befreiung auf der Ebene der Verlustaufteilung und zwar bereits während verbender Gesellschaft. Durch eine derartige Vereinbarung entfielen sämtliche Konsequenzen einer Verlusttragungspflicht.³⁰ Sie wird daher vorliegend *vollständige* oder *umfassende* Befreiung von der Verlusttragungspflicht genannt. Im einzelnen bedeutet sie: Dem Kapitalkonto des Kom-

²⁶ Vgl. schon Pra. 2/189 (Nr.98), so auch völlig selbstverständlich Botsch.1928/221, GUHL/MERZ/KUMMER, 6. A., 556/7, BECKER, N.8 zu Art. 533 OR, HARTMANN, N.9 zu Art. 601 OR, unter Bezugnahme auf die feststehende Praxis, SIEGWART, N.9 zu Art. 601, N.9 zu Art. 533 OR, GRAF, 86, VON STEIGER, 624, HIRSCH, 162, PATRY, Précis, 344; BGE 69 II 39, 100 V 144. Keinen Anstoss am Ausschluss nahm BGE 27 II 574. Anerkannt auch in der deutschen Lehre, vgl. statt vieler LEHMANN/DIETZ, 201, SUDHOFF, Verlustausschlussklausel, 2175. Populär geworden im Zusammenhang mit der GmbH & CoKG, da zugelassen auch für die Komplementäre gem. deutscher Praxis. – A.A. offenbar FICK, N.5 zu Art. 590 aOR, welcher indes ebenfalls der Vermengung von Jahres- und endgültigem Verlust zu erliegen scheint.

²⁷ Vgl. zu diesen Problemen u.a. CHRIST, 42 ff.

²⁸ Vgl. auch Art. 568 II OR e contrario, s.a. HARTMANN, N.3 zu Art. 568 OR.

²⁹ Vgl. HARTMANN, N.9 zu Art. 601 OR.

³⁰ Eine solche Regelung hat auch erhebliche Konsequenzen i.B. auf die Regressrechte im Rahmen der internen Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern, vgl. z.B. vorst. § 5, IV, nachst. § 10, II 2, vgl. auch HARTMANN, N.3 zu Art. 568 OR.

manditars werden keinerlei Verlustanteile verbucht; sein Kapitalanteil bleibt somit während der ganzen Dauer seiner Mitgliedschaft – von eigentlichen Rückbezügen abgesehen – unvermindert. Eo ipso entfällt damit die Verwirklichung der Verlusttragung, d.h. jegliche Verpflichtung zum Stehenlassen bzw. jegliche Bezugsbeschränkung betreffend Gewinn (soweit an sich überhaupt zustehend) und Zinsen.³¹ Die Zinsen, eventuell auch die Gewinne³² wären – dies nebenbei – von diesem unverminderten Kapitalanteile zu berechnen und damit von grösserem Ausmasse.³³ Bei Beendigung der Mitgliedschaft darf der Kapitalanteil wiederum nicht durch Verlustanteile belastet werden, es sei denn, die Verlustaufteilung sei für den Fall der Liquidation der Gesellschaft bzw. für das Ausscheiden aus der Gesellschaft abweichend vereinbart worden, was an sich zulässig ist.³⁴ Somit kann auch keinesfalls ein – endgültiger – negativer Kapitalanteil entstehen und entfällt schon die *Möglichkeit* einer Nachschusspflicht bei Beendigung der Mitgliedschaft des Kommanditärs. Art. 601 I OR, welcher eine solche Deckungspflicht vermeiden will,³⁵ ist demnach im Falle der vollständigen Befreiung von der Verlusttragung obsolet. Entsprechend hält auch HARTMANN³⁶ zu Recht fest: «Ist der Kommanditär im Innenverhältnis am Verlust überhaupt nicht beteiligt, so kommt die Bestimmung über den maximalen Verlustanteil gar nicht zur Anwendung.» Im Aussenverhältnis entfällt jegliches Aufleben der Haftung trotz bezogenen Zinsen und Gewinnen in und nach Verlustjahren, da eine Verminderung des Kapitalanteils durch diese Geschäftsverluste weder bewirkt noch vergrößert werden konnte;³⁷ Art. 611 I OR in seiner externrechtlichen Bedeutung wäre gegenstandslos. Die Gläubiger erleiden dadurch keinerlei Einbusse, war doch der Kapitalanteil und damit die geleistete Einlage des Kommanditärs, wie dargelegt, durch die Verluste nicht tangiert worden. Im Umfang von eigentlichen Rückbezügen ab Kapitalkonto hingegen lebt die Haftung Umfange aufgrund von Art. 610 II OR ohne weiteres wieder auf.³⁸

³¹ Vgl. ausführlich vorst. § 2, V 1.3, § 3, IV 1.3, nachst. V.

³² Wiederum soweit überhaupt zustehend und soweit darüber hinaus vom Stand der Kapitalanteile berechnet, vgl. vorst. § 2, IV 1 und 2.

³³ Zur Begrenzung des *Rechts*, diese Zinsen und Gewinne stehen zu lassen bzw. zur *Verpflichtung* zum Bezug vgl. Art. 601 III OR, sowie vorst. § 2, V 2, § 3, IV 2.

³⁴ S.a. VON STEIGER, 580.

³⁵ Dazu noch nachst. § 10, II 1.

³⁶ N.8 zu Art. 601 OR.

³⁷ Dies übersieht z.B. BGE 27 II 574.

³⁸ Vgl. nachst. § 11, VIII 4.1.

Denkbar ist des weiteren – immer noch *während verbender Gesellschaft* – eine *Befreiung von der Verlusttragungspflicht auf der Ebene der Verwirklichung* derselben, indem die gesetzliche Bezugsrechtsbeschränkung nach Eintritt von Verlusten wegbedungen wür-de.³⁹ Dies hätte zwar eine Belastung des Kapitalanteils mit den Verlustanteilen je am Ende eines Geschäftsjahres zur Folge, ein Bezug von Zinsen und Gewinn hingegen wäre trotzdem zugelassen. Der Umfang des Zins- bzw. eventuell Gewinnanspruchs wäre diesfalls naheliegenderweise geringer als im ersterwähnten Falle. Zudem käme im Aussenverhältnis, nach Auflösung der Gesellschaft, Art. 611 I OR zum Zuge, d.h. die Haftung würde grundsätzlich zufolge der – trotz Verminderungen des Kapitalanteils – bezogenen Zinsen und Gewinne wieder aufleben.⁴⁰ – Im Rahmen der Liquidation bzw. bei Ausscheiden des Kommanditärs wäre eine abschliessende Belastung des Kapitalanteils mit Verlusten die Folge, es sei denn, die Aufteilung der Verluste sei für den Fall der Beendigung der Mitgliedschaft abweichend geregelt worden. Ein allfällig resultierender, negativer Kapitalanteil wäre jedoch zufolge von Art. 601 I OR nicht auszugleichen. Maximal wäre die Einlage, soweit noch rückständig, einzuwerfen.⁴¹

Schliesslich ist noch die Möglichkeit der Belassung der Verlusttragungspflicht während der Dauer der Gesellschaft, jedoch *Befreiung von jeglicher endgültiger Verlusttragungspflicht bei Beendigung der Mitgliedschaft*, im Sinne der Aufhebung der Begrenzung von Art. 601 I OR, vorstellbar. Dies würde bedeuten: Berücksichtigung des Kommanditärs bei der jährlichen Aufteilung der Verluste sowie Bezugsbeschränkung betreffend Zins und Gewinn für das betreffende bzw. die nachfolgenden Geschäftsjahre,⁴² eventuell auch Aufteilung der darüber hinaus entstehenden endgültigen Verluste im Rahmen der Liquidation oder bei Erstellen der Abfindungsbilanz, jedoch Umlegen eines allfälligen definitiven Verlustes des Kommanditärs – in Form eines definitiven negativen Kapitalanteils – auf die Komplementäre (dies bereits aufgrund von Art. 601 I OR), sowie vor allem zusätzlich Rückerstattung der geleisteten Einlage (in Abweichung von Art. 601 I OR), soweit vorhanden aus dem Gesellschaftsvermögen, sonst aus dem privaten Vermögen der Komplementäre.

³⁹ Vgl. dazu vorst. § 2, V 1.1, § 3, IV 1.1.

⁴⁰ Vgl. dazu ausführlich nachst. § 11, VIII 4.2.

⁴¹ Bei Liquidation (und Konkurs) erst im Rahmen der internen Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern, vgl. vorst. § 5, IV.

⁴² Entsprechend kein Aufleben der Haftung, vgl. nachst. § 11, VIII 4.2.

Diese letztere Lösung scheint der herrschenden Lehre in erster Linie vorzuschweben,⁴³ vor allem wenn man die vorgebrachten Indizien für eine Befreiung von der Verlusttragungspflicht betrachtet.⁴⁴ Insbesondere gilt dies für die Indizien: Sicherung der Kommanditeinlage durch Faustpfänder,⁴⁵ Zusicherung der Rückerstattung des Kapitals samt Zins beim Austritt des Kommanditärs bzw. bei Auflösung der Gesellschaft;⁴⁶ weniger ausgeprägt beim Indiz der früheren Stellung des Kommanditärs als gewinnberechtigter Angestellter.⁴⁷ Jedoch hängt diese Annahme m.E. mit den meist mangelhaft getroffenen Unterscheidungen bzw. mit der stetigen Vermengung mit Art. 601 I OR zusammen, welcher wie erwähnt⁴⁸ auf der Ebene der *Aufteilung* der Verluste an sich keine Bedeutung hat.⁴⁹

Meines Erachtens ist in Anbetracht der notwendigen Differenzierungen im Zweifel viel eher der erstgenannten Auslegungsvariante der Vorzug zu geben: nämlich Befreiung von der Verlusttragung bereits auf der Ebene der Verlustaufteilung⁵⁰, d.h. bereits auf Ebene von Absatz 2 von Art. 601 OR, und nicht erst auf der Ebene der Verwirklichung (Absatz 1 von Art. 601 OR). Mit anderen Worten ist m.E. *im Zweifel* eine vollständige, *umfassende Befreiung* von der Verlusttragungspflicht anzunehmen, welche die Beschränkung des definitiven Verlustes im Sinne der Verneinung einer

⁴³ HARTMANN, N.9 zu Art. 601 OR, befürwortet ausdrücklich eine entsprechende Auslegung des unklaren Gesellschaftsvertrages.

⁴⁴ Vgl. SIEGWART, N.9 zu Art. 601 OR, HARTMANN, a.a.O., VON STEIGER, 624, N.45.

⁴⁵ Vgl. hiezu BGE 25 II 84 f., wo diese deutlich im Hinblick auf die Auflösung der Gesellschaft vorgesehen worden war. Die Sicherung darf allerdings *nicht* aus dem Gesellschaftsvermögen bestehen, weil dadurch die zwingende Haftungsregelung umgangen würde, vgl. BGE 25 II 85, s.a. Pra. 2/198 (Nr.98).

⁴⁶ Vgl. Pra. 2/190; auch für SCHILLING, Anm. 7 zu § 168 HGB, bedeutet diese Vereinbarung noch nicht Befreiung vom Jahresverlust, sondern nur vom endgültigen Verlust. Entgegen FICK, N.5 zu Art. 590 aOR, GRAF, 88, wird der Kommanditär durch eine solche Zusage nicht zum reinen Darlehensgeber, vgl. auch BGE 25 II 85 sowie SCHILLING, a.a.O.

⁴⁷ Gutgeheissen in Pra. a.a.O. Problematischer sind die von SIEGWART, a.a.O., aufgeführten Indizien gegen eine solche Befreiung, die alle auf die Haftung Bezug nehmen. Haftung und Verlusttragung brauchen indes keineswegs parallel zu laufen.

⁴⁸ Vgl. vorst. IV (am Anfang), ausführlicher nachst. § 10, II 1.

⁴⁹ Mitverantwortlich ist die missverständliche Regelung in einem Artikel (601 I und II OR), v.a. unter einem einheitlichen Marginale; vorbildlich erneut das HGB: Regelung der Aufteilung der Verluste in § 168 mit dem Marginale: Gewinn- und Verlust*verteilung*; Regelung der Begrenzung des endgültigen Verlustanteils, ebenfalls i.S. der Verneinung einer Nachschusspflicht, in § 167 III HGB mit dem Marginale: Gewinn- und Verlust*rechnung*. – Diese Anordnung konnte in den nachst. im Schlusswort angeführten Vorschlägen de lege ferenda aus verschiedenen Gründen nicht übernommen werden. Vgl. immerhin den deutlichen Gesetzestext sowie das auf beide Ebenen bezugnehmende Marginale im neu vorgeschlagenen Art. 601 OR.

⁵⁰ So auch SUDHOFF, Verlustausschlussklausel, 2175.

Deckungspflicht (Art. 601 I OR) übersteigt und die erwähnte Vorschrift daher a fortiori als gegenstandslos erscheinen lässt.

Die Begründung liegt einmal darin, dass sich das Verbot der *societas leonina* (im Sinne des Verlustausschlusses) auf der Ebene der Verlustaufteilung, und zwar während der Dauer der Gesellschaft, befindet; dies erhellt sowohl aus dem Marginale als auch aus dem Text von Art. 533 OR. Der Beseitigung dieses Verbotes sollen auch nach der herrschenden Meinung vertragliche Verlustausschlussklauseln dienen. Die Begründung ergibt sich aber auch aus der Gleichstellung von «Verlust- und Gewinnbeteiligung» als solche. Dass es bei der *Gewinnbeteiligung* nur um die Bestimmung des Anteils und nicht um die Verwirklichung desselben, also um den Bezug geht, bedarf keiner ausholenden Begründung. Ebenso, dass von der jeweiligen Gewinnbeteiligung am Ende eines Geschäftsjahres und nicht von der endgültigen am Ende der Mitgliedschaft die Rede ist. – Schliesslich lässt sich die Annahme noch aus einem Vergleich mit der Komplementärstellung herleiten. Soweit nämlich die Verlusttragung eines Komplementärs betroffen wäre,⁵¹ ginge es unzweifelhaft vorweg auch um den jeweiligen Anteil Ende Jahr und nicht nur um den endgültigen Anteil bei Beendigung der Mitgliedschaft. Der vom Gesetz im Interesse des Kommanditärs dispositiv vorgesehene grundsätzliche «Gleichlauf» von Verlusttragung nach innen und (zwingend geregelter) Haftung nach aussen⁵² wirkt sich in jedem Falle erst nach Auflösung der Gesellschaft⁵³ bzw. bei Ausscheiden des Kommanditärs, d.h. bei Beendigung seiner Mitgliedschaft aus. Er darf nicht dazu führen, den Kommanditär während der Dauer seiner Mitgliedschaft gegenüber den Komplementären zu diskriminieren. Wollen diese die internen Folgen der Verlusttragungspflicht, insbesondere die recht weitgehende Beschränkung des Bezugsrechtes betreffend Gewinn und vor allem betreffend Zinsen beibehalten, so ist ihnen zuzumuten, dies vertraglich deutlich auszudrücken.

⁵¹ Nach gewisser, m.E. einleuchtender Ansicht soll eine vollständige Befreiung – unabhängig von der gesetzlichen Grundregel, d.h. nicht nur, wenn der Beitrag in Arbeit besteht (Art. 533 III OR) – auch bei dieser Gesellschafterkategorie erlaubt sein, vgl. z.B. SIEGWART, N.7 ff. zu Art. 533 OR, VON STEIGER, 388; allgemein nach deutscher Lehre, vgl. z.B. SCHILLING, Anm. 7 zu § 169 HGB. Völlig ausgeschlossen ist es jedoch, aus dieser Verlusttragungsbefreiung des Komplementärs eine unbeschränkte Haftung des Kommanditärs/Kommanditisten abzuleiten; wie hier SUDHOFF, 227, unter Hinweis auf derartige, m.E. unbegreifliche Ansichten, die u.a. auf einer unzulässigen Vermischung von Internum und Externum beruhen!

⁵² Betragsmässig häufig unterschiedlich.

⁵³ Auch durch Konkurs, vgl. Fn.89 nachst.

Die im weiteren ab und zu erwähnte⁵⁴ vertragliche Möglichkeit, den Umfang der Verlusttragung auf den *Betrag der Kommanditeinlage* zu beschränken, soll offenbar nur die endgültige Verlusttragung, d.h. die Verwirklichung der Verlusttragung bei Beendigung der Mitgliedschaft betreffen.⁵⁵ Dort aber erübrigt sie sich nach hier vertretener Ansicht vollständig, da diese Lösung bei richtiger und notwendiger Interpretation von Art. 601 I OR bereits im Gesetz festgelegt ist.⁵⁶ Einmal mehr darf man sich vom Wortlaut («Kommanditsumme») nicht einschüchtern lassen.⁵⁷

Ebenfalls nur Auswirkungen auf der Ebene der Verwirklichung der Verlusttragung bei Beendigung der Mitgliedschaft haben allfällige Vereinbarungen über eine *Ausdehnung* der Verlusttragungspflicht im Sinne einer vollen, unbeschränkten Übernahme von Verlustanteilen. Denn während der Dauer der Mitgliedschaft ist eine solche Verlusttragung auch für den Kommanditär selbstverständlich, da er keineswegs von einem negativen Kapitalanteil am Ende eines Geschäftsjahres verschont zu werden braucht.⁵⁸ Bei Beendigung der Mitgliedschaft zufolge Ausscheiden oder Liquidation der Gesellschaft hingegen bewirkt eine solche Vereinbarung, dass auch der Kommanditär – genau gleich wie der Komplementär – von Gesetzes wegen allfällige Verluste von Mitgesellschaftern unbeschränkt übernehmen muss und dadurch ebenfalls zur Deckung seines allfällig endgültig negativen Kapitalanteils aus eigenen Mitteln verpflichtet ist. Der Kommanditär unterliegt somit aufgrund einer derartigen Vereinbarung – in Abweichung von Art. 601 I OR – einer Nachschusspflicht.⁵⁹

⁵⁴ Vgl. z.B. HARTMANN, N.10 zu Art. 601 OR, SIEGWART, N.11 zu Art. 601 OR, VON STEIGER, 624.

⁵⁵ Während der Dauer der Gesellschaft ergäbe sie auch wenig Sinn; allenfalls könnte sie einer Vermeidung des negativen Kapitalanteils samt entsprechender Bezugsbeschränkung vom Stande unter Null bis Null des Kapitalanteils dienen.

⁵⁶ Vgl. nachst. § 10, II 1. Dies übersieht BGE 42 II 127 ff.

⁵⁷ So auch HIRSCH, 162/63, vgl. auch vorst. § 1, II, nachst. § 10, II 1.

⁵⁸ Vgl. nachst. V 2.

⁵⁹ Vgl. Schilling, Anm. 17 zu § 167 HGB. Betreffend entsprechende Ausdehnung der Kontrollbefugnisse und des Widerspruchsrechts vgl. VON STEIGER, 624, HARTMANN, N.11 zu Art. 601 OR.

2. Gesetz

2.1 Art. 533 II OR

Auch hier gilt, mit umgekehrten Vorzeichen, das bereits für den Gewinn Ausgeführte.⁶⁰ Mit anderen Worten, falls der Umfang der Gewinnbeteiligung, nicht aber der Schlüssel für die Verlustaufteilung festgelegt worden war, gilt die erstere Regelung auch für die letztere.⁶¹ So gelangt man im Regelfall zu einer gerechten Balance zwischen Chance und Risiko.

2.2 Art. 601 II OR

Ebenso wie betreffend Gewinnbeteiligung muss der Richter auch bezüglich Verlustaufteilung bei völligem Schweigen des Gesellschaftsvertrages und Fehlen von sonstigen bezüglichlichen Vereinbarungen (bzw. entsprechendem konkludentem Verhalten der Gesellschafter)⁶² den Verlustanteil nach freiem Ermessen festlegen. Dies bestimmt Art. 601 II OR als Grundsatz.⁶³

Die Festlegung des Verlustanteils hat zwar im Zusammenhang und in Abstimmung auf die Regel betreffend den Gewinnanteil zu geschehen, jedoch kann der Richter der Aufteilung von Gewinn und Verlust ohne weiteres unterschiedliche Kriterien zugrunde legen.⁶⁴

Im übrigen gilt auch hier, dass sich die Regelung der Verlusttragung des Kommanditärs auf den Umfang der Verlusttragung des Komplementärs während der Dauer der Gesellschaft auswirkt.

⁶⁰ Vgl. vorst. § 2, IV 2.1.

⁶¹ Vgl. auch GUHL/MERZ/KUMMER, 596; BGE 24 II 184, 42 II 128/9. Allerdings hat sich das BGer. im letztgenannten Entscheid m.E. bei den gegebenen Umständen in concreto zu Unrecht mit diesem Problem befasst, wäre doch die endgültige Verlusttragung (die Gesellschaft war in Konkurs geraten) zu beurteilen und damit – mangels vertraglich abweichender Regelung – die Begrenzung von Art. 601 I OR (damals noch Art. 596 I aOR) zu berücksichtigen gewesen.

⁶² S.a. VON STEIGER, 621.

⁶³ Dazu bereits vorst. § 2, IV 2.2.

⁶⁴ S.a. HIRSCH, 163; im gleichen Sinne SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 5 zu § 168 HGB.

2.3 Begrenzung des richterlichen Ermessens durch Art. 601 I OR?

Hin und wieder ist die Ansicht anzutreffen, das richterliche Ermessen im Sinne von Art. 601 II OR sei bei Findung des gerechten Verlustaufteilungsschlüssels durch Art. 601 I OR begrenzt, d.h. der Richter sei bei Findung seines Entscheides daran gebunden.⁶⁵

Dieser Ansicht kann nicht beigeprflichtet werden. Sie basiert m.E. auf einem irrtümlichen Verständnis von Art. 601 I OR. Wie bereits verschiedentlich angetönt, bezieht sich Art. 601 I OR nicht auf einen Teilungsmassstab,⁶⁶ sondern beschlägt vielmehr einzig die *Verwirklichung* der Verlusttragung, d.h. die Frage der Deckung eines eingetretenen und gemäss vertraglich oder richterlich festgelegtem Teilungsmassstab *verteilten* Verlustes.

Zwar begrenzt er seinem Wortlaute nach⁶⁷ den Umfang der Verlusttragung in einem weiten Sinne und scheint insofern zum Problemkreis der Verlustaufteilung zu gehören.⁶⁸ Aussagen will Art. 601 I OR jedoch nur, dass der Kommanditär nie mehr als die rückständige Einlage⁶⁹ zu leisten hat. Im HGB kommt dies in § 167 III noch etwas deutlicher zum Ausdruck:

«An dem Verluste nimmt der Kommanditist nur bis zum Betrage seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage teil.»⁷⁰

Die Begrenzung beinhaltet also im Grunde genommen eine Verneinung von Deckungspflichten. Der Kommanditär soll demnach vorweg Jahresverluste, d.h. genauer eine Verminderung seines Kapitalanteils zufolge von ihm belasteten Anteilen am Geschäftsverluste bis zum Stande unter Null, nicht ausgleichen müssen.⁷¹ Dies gilt für ihn an sich, wie für den Komplementär, bereits aufgrund von Art. 560 II OR.⁷² Darüber hinaus und insbesondere hat der Kommanditär bei Beendigung seiner Mitgliedschaft (zufolge Auflösung der Gesellschaft oder zufolge seines Ausscheidens)

⁶⁵ So z.B. VON STEIGER, 622/23, GUHL/MERZ/KUMMER, 596, HIRSCH, 163.

⁶⁶ So auch HARIMANN, N.8 zu Art. 601 OR, im übrigen aber widersprüchlich.

⁶⁷ Ähnlich § 167 III HGB, vgl. demgegenüber die deutlich auf das Ende der Mitgliedschaft ausgerichtete Formulierung de lege ferenda (Art 601 II) nachst. im Schlusswort.

⁶⁸ Zum dadurch scheinbar unzulässig werdenden negativen Kapitalanteil des Kommanditärs vgl. nachst. V 2.

⁶⁹ Gem. hier vertretener Auslegung nicht die Kommanditsumme, vgl. nachst. § 10, II 1.

⁷⁰ Vgl. dazu auch HUECK, 147.

⁷¹ Dazu noch nachst. V 2.

⁷² Für das deutsche Recht vgl. § 707 BGB, dazu U.HUBER, 282.

keine Deckung für den endgültigen Verlust der Gesellschaft, d.h. keine Deckung seines allfällig endgültig negativen Kapitalanteils zu erbringen.⁷³ Der Kommanditär soll nach dem Gesetz letztlich extern *und* intern nur ein begrenztes Risiko eingehen: Hat er einen Betrag in Höhe der kundgegebenen Kommanditsumme bezahlt, können ihn die Gesellschaftsgläubiger nicht mehr in Anspruch nehmen; hat er die Einlage geleistet, können ihn seine Mitgesellschafter nicht mehr zu Nachzahlungen heranziehen.⁷⁴

Zusammenfassend ist festzuhalten: Art. 601 I OR verneint jegliche Deckungspflicht des Kommanditars während und nach Beendigung seiner Mitgliedschaft. Insofern also ist dessen Verlusttragungspflicht begrenzt. Diese Begrenzung aber, und darum geht es hier, hat mit der *Aufteilung* der Verluste⁷⁵ nichts zu tun.

Wie der während der Dauer der Gesellschaft eingetretene Verlust eines Geschäftsjahres auf die Gesellschafter, insbesondere auf den Kommanditär zu verteilen ist, hat der Richter somit ohne jegliche gesetzliche Einschränkung nach freiem Ermessen und somit im wesentlichen nach den vorstehend angeführten Kriterien⁷⁶ zu beurteilen.⁷⁷

Dies gilt im übrigen auch für die Festlegung einer Verlustaufteilung im Rahmen der Liquidation bzw. eines Konkurses, sowie bei Ausscheiden des Kommanditars, denn erst der unter anderem durch diese Massstäbe festgelegte, allfällig resultierende Verlustanteil ist der Regelung von Art. 601 I OR unterworfen, d.h. erst der definitive negative Kapitalanteil in der Liquidationsschluss- bzw. Abfindungsbilanz.⁷⁸

⁷³ Dies im Gegensatz zum Komplementär und Kollektivgesellschafter, vgl. Art. 549 II OR.

⁷⁴ Vgl. auch U.HUBER, a.a.O.

⁷⁵ Während verbender Gesellschaft *und* nach Auflösung derselben bzw. bei Aufstellung der Abfindungsbilanz.

⁷⁶ Vgl. vorst. Ziff. 2.2 i.V. mit § 2, IV 2.

⁷⁷ Die frühere Stellung des heutigen Absatzes 2 des Art. 601 am Ende der entsprechenden Vorschrift und die Einleitung durch «im übrigen» – vgl. aOR Art. 596 II, E I Art. 604 III, E II Art. 617 III, vermag daran nichts zu ändern. Absatz 3 war damals nicht direkt an die Verlustbegrenzung angeschlossen (wohl aber im aOR).

⁷⁸ Vgl. dazu auch nachst. § 10, II 1.

V. Verwirklichung der Verlusttragung

1. Allgemeines

Ein während bestehender Gesellschaft eingetretener Jahresverlust wird jedem Gesellschafter, auch dem Kommanditär, nach Massgabe des Verteilungsschlüssels von seinem Kapitalanteil abgeschrieben. Er wirkt sich also vorweg und in jedem Falle rein buchmässig aus.⁷⁹ Nachschusspflichten kommen nicht zum Tragen,⁸⁰ es sei denn, sie wären ausdrücklich vereinbart.⁸¹ Hingegen wird die vom Gesetz dispositiv festgelegte, für den Kommanditär ausser auf den Gewinn auch auf die Zinsen ausgedehnte Beschränkung des Bezugsrechts in nachfolgenden Geschäftsjahren aktuell.⁸²

2. Negativer Kapitalanteil des Kommanditärs

Übersteigt der Verlustanteil⁸³ den Kapitalanteil⁸⁴ (Stand Anfang des Geschäftsjahres) samt im Rahmen der Bilanzierung Ende Jahr gutgeschriebene Zinsen, so sinkt der Kapitalanteil unter Null, er wird negativ. Dieses beim Kollektivgesellschafter und Komplementär durchaus anerkannte

⁷⁹ Vgl. z.B. HUECK, 107.

⁸⁰ Vgl. Art. 560 II, Art. 601 I OR, dazu im folgenden, Ziff. 2, noch ausführlicher.

⁸¹ Vgl. auch vorst. vor § 1.

⁸² Art. 611 I OR im internrechtlichen Sinne, vgl. dazu ausführlich vorst. § 2, V 1.3, § 3, IV 1.3.

⁸³ Die ganze, nachfolgend behandelte Problematik spielt also wiederum nur, falls der Kommanditär nicht vollständig von der Verlusttragung befreit ist gem. Vertrag, ev. gem. Urteil, vgl. dazu vorst. IV 1.

⁸⁴ Vgl. zu diesem Begriff allgemein vorst. § 1, III 3.

Phänomen des *negativen Kapitalanteils*⁸⁵ zeitigt auf den Kommanditär angewendet offensichtlich etwelches Unbehagen.⁸⁶ Ohne Grund.

Die ablehnende zum Teil auch widersprüchliche Meinung von HARTMANN z.B.⁸⁷ basiert einerseits auf einem weiteren Missverständnis von Art. 601 I OR⁸⁸ sowie auf einem fehlerhaften Verständnis der Rechtsnatur des (negativen und positiven) Kapitalanteils andererseits. Auch wenn die ablehnende Meinung heute als überholt gelten darf,⁸⁹ so rechtfertigt sich ein vertieftes Eingehen auf die genannten Hintergründe, da sie zwar in der deutschen Rechtslehre vielfach eine eingehende Behandlung erfahren haben, in der schweizerischen Literatur aber auch bei den ein «Passivkonto» an sich bejahenden Autoren⁹⁰ noch weitgehend unbekannt oder zumindest unbehandelt erscheinen.

⁸⁵ Häufig auch «passiver» Kapitalanteil, «Passivanteil» genannt. Vorliegend wird die Terminologie von U.HUBER, 263, übernommen, da, wie er zu Recht ausführt, die übrigen Ausdrücke insofern nicht ganz geglückt sind, als in der Geschäftsbilanz der positive Kapitalanteil unter den Passiven, der «passive» Kapitalanteil unter den Aktiven aufgeführt wird, vgl. auch seine Anm. 1 a.a.O.

⁸⁶ Allen voran WIELAND, 746, Anm. 11 (vgl. aber S.750: Dort erwähnt WIELAND den «Passivsaldo» des Kommanditärs ohne Vorbehalte, ein Unterschied zwischen «Passivanteil» und «Passivsaldo» ist nicht ersichtlich.), ihm folgen SIEGWART, N.12 zu Art. 601 OR, HARTMANN, N.10 zu Art. 601 OR, abgeschwächt in N.2 zu Art. 601 OR, s.a. KAUFMANN, 63: «Einen Verlust kann nur tragen, wer eine Einlage gemacht hat»; anerkannt hingegen auch bezüglich Kommanditär von VON STEIGER, 619, 623, N.41.

⁸⁷ Vgl. Fn.66 vorst.

⁸⁸ So offenbar auch BOSSARD, 79, N.250, 93, N.295.

⁸⁹ Vgl. vor allem die deutschen Autoren, HUECK, 143, BOHNENBERG, Anm. II zu § 167 HGB, BAUMBACH/DUDEN, Anm. 2B zu § 167/68 HGB, SCHILLING, Anm. 14 zu § 167 HGB, neuerdings SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1150/51, so schon STAUB, Anm. 4 zu § 169 HGB, s.a. SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 8 und 3 zu § 167 HGB, LEHMANN/DIETZ, 201, KLAUSS/MITTELBACH, 133, Anm. 221 f., 152, Anm. 251, TELKAMP, 16, 26, KNÖCHLEIN, 371, SUDHOFF, 109, widersprüchlich und unklar ders. auf S.225, ders. zweifelnd in Verlustausschlussklausel, 2175; befürwortend unter ausführlicher Behandlung aller Aspekte auch GANSSMÜLLER, 2104 f., so auch U.HUBER, 277 ff., insbes. 278 mit Zitaten in Anm. 32: zumindest betreffend das handelsrechtliche Problem; ungelöst und umstritten auch in der deutschen Lehre z.T. noch das steuerrechtliche Problem, vgl. z.B. THIEL, 664 ff., TELKAMP, 16 ff., insbes. zur einkommenssteuerlichen Behandlung negativer Kapitalkonten im Konkurs. Er bejaht die steuerrechtliche Zulässigkeit grundsätzlich, sowie – m.E. zu Recht – insbes. die Zulässigkeit von Entstehung und/oder Vergrößerung des negativen Kapitalanteils während des Konkursverfahrens, da erst nach abgeschlossenem Verfahren ein allfällig definitiver negativer Kapitalanteil entsteht und nach § 167 II HGB (entsprechend Art. 601 I OR) nur dieser endgültige Verlust begrenzt ist. – Zum interessanten Problem der durch Anerkennung des negativen Kapitalanteils u. U. erschwerten Gewinnverteilung vgl. U.HUBER, 269 ff. sowie vorst. § 2, Fn.42.

⁹⁰ So z.B. VON STEIGER, a.a.O., teilweise HARTMANN, a.a.O.

Wie bereits ausgeführt,⁹¹ bedeutet Art. 601 I OR nicht, dass der Verlust auch während der Tätigkeit der Gesellschaft auf die vereinbarte Einlage begrenzt bleiben müsse. Diese Begrenzung (und zwar auf die vereinbarte Einlage, nicht die Kommanditsumme)⁹² legt das Gesetz (dispositiv) nur für den Fall der Auseinandersetzung fest, d.h. betreffend den *endgültigen* Verlust, den Gesamtverlust aus der Geschäftstätigkeit.⁹³

Für die Dauer der Gesellschaft bestätigt er nebenbei,⁹⁴ was im übrigen schon aufgrund Art. 560 II OR auch für den Kommanditär gelten würde, nämlich, dass weder die KollG noch die KG von Gesetzes wegen irgendwelche Nachschusspflichten⁹⁵ der Gesellschafter im Sinne von positiven Deckungspflichten nach eingetretenen Verlusten kennen.⁹⁶ Dies gilt selbstverständlich unabhängig vom Umfang des Verlustes, also unabhängig davon, ob der Kapitalanteil durch die Belastung des den Gesellschafter treffenden Verlustanteils auf einen Stand noch über oder bereits unter Null gebracht worden war. Mit anderen Worten besteht auch bei Vorliegen eines negativen Kapitalanteils keinerlei Nachschusspflicht während der Dauer der Gesellschaft.⁹⁷ Art. 601 I OR steht somit der Annahme eines negativen Kapitalanteils nicht nur nicht entgegen, sondern ermöglicht dessen Duldung geradezu.⁹⁸

Hinzu kommen Überlegungen zur *Rechtsnatur* des Kapitalanteils während verbender Gesellschaft. Gemäss m.E. richtigem Verständnis beinhal-

⁹¹ Vgl. vorst. IV 2.3.

⁹² Vgl. dazu nachst. § 10, II 1.

⁹³ Gl. A. U. HUBER, 282, betreffend den im wesentlichen gleichlautenden § 167 III HGB, vgl. Zitat im Wortlaut vorst. bei Fn. 70, gl. SCHILLING, Anm. 14 zu § 167 HGB, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 7 zu § 167 HGB, TELKAMP, 19. M.E. zu Recht hebt er des weiteren hervor, dass dieser endgültige Verlust im Rahmen des Konkursverfahrens erst mit Beendigung desselben und nicht mit der Konkurseröffnung gegeben sei; die Rechtsstellung als Kommanditist bleibt durch die Konkurseröffnung unberührt, vgl. S. 18, 24, 26 f.

⁹⁴ Sofern der Bestimmung diese zusätzliche Bedeutung überhaupt zugestanden wird, vgl. z. B. U. HUBER, 282.

⁹⁵ Auch keine Berechtigung dazu, denn die Einlage darf nicht ohne Einverständnis der Mitgesellschafter erhöht werden, vgl. z. B. WIELAND, 560, U. HUBER, 265, TELKAMP, 20.

⁹⁶ Vgl. dazu MAYER, 19, 37; LEHMANN/DIETZ, 201 f., KLAUSS/MITTELBACH, 153, Anm. 251.

⁹⁷ SIEGWARTS «positiv zu deckender Passivanteil» – vgl. N. 12 zu Art. 601 OR – hat mit dem hier behandelten passiven bzw. negativen Kapitalanteil bei genauer Betrachtung nichts zu tun, denn gemäss Siegwart entspräche dieser «Passivanteil» der allfälligen Differenz zwischen Kommanditeinlage und Kommanditsumme. Dass auch eine solche Differenz im internen Verhältnis nie zu einer positiven Deckungspflicht führen, also eigentlich eine Kapitalaufbringungspflicht bis auf den Betrag der *Haftsumme* zeitigen kann, wurde bereits vorst. § 2, V 1.3.1 dargelegt. Vgl. die entsprechende Bemerkung bei SIEGWART auch in N. 13 zu Art. 601 OR, dazu nachst. § 10, II 1.

⁹⁸ Ähnlich KLAUSS/MITTELBACH, 133, Anm. 221 betr. § 167 III HGB. – Unzutreffend daher das OGer. ZH in ZR 27(1928)15, BOSSARD, a.a.O., (vgl. Fn. 88 vorst.).

tet der jeweilige *positive Kapitalanteil* aus der Jahresschlussbilanz während bestehender Gesellschaft keine Forderung.⁹⁹ Auch die Charakterisierung als bedingte, betagte Forderung¹⁰⁰ ist abzulehnen, denn der Betrag des Kapitalanteils ist ja beständiger Veränderung durch Zins- und Gewinngutschriften, Verlust und Entnahmen¹⁰¹ ausgesetzt – im Rahmen der Liquidation insbesondere auch der Veränderung durch Liquidationsgewinn oder -verlust.¹⁰² Entsprechend sind auch die Kapitalkonten Kontokorrente, d.h. laufende Konten. Der Kapitalanteil stellt also – von Gesetzes wegen – im Rechte der KollG und KG während der Dauer der Gesellschaft keinen Kapitalverteilungsschlüssel dar.¹⁰³ Zutreffend führt U.HUBER¹⁰⁴ dazu aus: «Ob der Gesellschafter jemals eine Forderung gegen die Gesellschaft in der Höhe seines positiven Kapitalanteils erwerben wird, ist im Augenblick, da ihm der positive Kapitalanteil zugeschrieben wird, noch völlig offen. Das einzige, was man mit Sicherheit sagen kann, ist, dass der Kapitalanteil sich bis zu einer Liquidation der Gesellschaft¹⁰⁵ und bis zur Aufstellung der Liquidationsschlussbilanz noch verändern wird.»¹⁰⁶

⁹⁹ Vgl. bereits vorst. § 1, III 3, s.a. VON STEIGER, 581, wie hier HARTMANN, N.11 zu Art. 558, vgl. aber N.2 zu Art. 601 OR; wie hier U.HUBER, 182, 282/83, SCHILLING, Anm. 8 zu § 167 HGB, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 3 zu § 167 HGB, TELKAMP, 18, KORMANN, 893, KLAUSS/MITTELBACH, 124, Anm. 202; a.A. WIELAND, 555.

¹⁰⁰ Vgl. SIEGWART, N.4 zu Art. 558/60 OR (vgl. aber N.20 zu Art. 533 OR), WIELAND, 556, TSCHUDI, 10, MOSER, 11; ZR 6(1907)304.

¹⁰¹ Vgl. dazu vorst. § 1, III 3.

¹⁰² Vgl. U.HUBER, 183, s.a. vorst. § 5, III und IV.

¹⁰³ So U.HUBER, 184.

¹⁰⁴ Vgl. S.283.

¹⁰⁵ Darin inbegriffen die zwangsweise Liquidation durch Konkurs, vgl. TELKAMP, 16 ff., sowie nachst. § 10, I und II.

¹⁰⁶ Deshalb hat der Personengesellschafter auch im Gegensatz z.B. zum Mitglied einer Erbengemeinschaft nicht das Recht auf jederzeitige Teilung – vgl. ebenfalls U.HUBER, 182.

Der jeweilige *negative Kapitalanteil* am Ende eines Geschäftsjahres hat entsprechend seinerseits nicht die Bedeutung einer Schuld,¹⁰⁷ vielmehr lediglich die Bedeutung eines Verlustvortrags.¹⁰⁸ Er ist ein Erinnerungsposten in der Bilanz.¹⁰⁹ Vereinfacht ausgedrückt soll er an Bezugsbeschränkungen mahnen, wenn nach Verlustjahren Gewinnjahre folgen. Denn hierin liegt die einzige positive Konsequenz eines negativen Kapitalanteils zu Lasten des Gesellschafters, des Komplementärs sowie Kommanditärs, während verbender Gesellschaft: Der negative Kapitalanteil hat durch später dem Gesellschafter zukommende Gewinnanteile, beim Kommanditär nach schweizerischem Recht auch durch künftige Zinsgutschriften,¹¹⁰ wieder ergänzt zu werden.¹¹¹ Mittel dazu ist die vom Gesetz dispositiv eingeführte Beschränkung der entsprechenden Bezugsrechte.¹¹² Bezugsgrenze

¹⁰⁷ So U.HUBER, 265, FURRER, 213, N.32, SCHILLING, Anm. 8 zu § 167 HGB, TELKAMP, 18, 19 (diese Rechtsnatur behält der Kapitalanteil auch während des Konkursverfahrens); KORMANN, 893 (mit der buchhalterischen Begründung, dass das durch die Kapitalanteile ausgedrückte Eigenkapital der KG nur der «Saldo aus dem buchmässigen Rohvermögen und den Fremdschulden» sei). Anders WIELAND, 555, entgegen SIEGWART, N.36 zu Art. 558/60 OR auch keine befristete und bedingte Schuld (so auch WIELAND, 560), vgl. aber — wiederum N.20 zu Art. 533 OR. — Die von HARTMANN, N.2 zu Art. 601 OR, anbefohlene Verbuchung auf Separatkonto ergibt daher keinen Sinn, weder für den Fall, dass es sich um ein echtes Separatkonto, ein Darlehenskonto zu Lasten des Kommanditärs, noch für den Fall, dass es sich um ein zweites Kapitalkonto des Kommanditärs handeln sollte; letzteres müsste im Rahmen der Bilanzierung doch mit dem eigentlichen Kapitalkonto saldiert werden. Vgl. hiezu auch U.HUBER, 286 87. Anders KLAUSS/MITTELBACH, 153, Anm. 253, für den Fall der Vereinbarung fester Kapitalanteile. — Mangels Schuldencharakter entfällt auch die Verpflichtung zur Zahlung eines Negativzins, umgekehrt entfällt eine Gutschrift von Zinsen, vgl. vorst. § 3, III.

¹⁰⁸ Vgl. U.HUBER, 266.

¹⁰⁹ Vgl. U.HUBER, 283/84, 286, gl. A. TELKAMP, 19. Entsprechend, d.h. weil er das künftige Einkommen belastet, kann und soll der negative Kapitalanteil des Kommanditärs gemäss U.HUBER, 284, auch steuerlich berücksichtigt werden während verbender Gesellschaft, d.h. es soll dem Kommanditär ein periodengerechter Abzug erlaubt werden. Zu steuerlichen Problemen im Zusammenhang mit dem negativen Kapitalanteil des Kommanditisten vgl. insbes. KORMANN, 893 ff., sowie die Zitate in Fn.89 a.E. Zur Situation bei Umlegung des endgültigen Verlustes auf die Komplementäre vgl. nachst. § 10, Fn.69.

¹¹⁰ Oder natürlich in beiden Fällen auch durch zulässige, vereinbarte Nachschüsse, s.a. Fn.95 vorst.

¹¹¹ So auch VON STEIGER, 623, N.41, U.HUBER, 283, HUECK, 143, BOHNENBERG, Anm. II zu § 167 HGB, SCHILLING, Anm. 14 zu § 167 HGB, SCHIEFELBERGER/GESSIER, Anm. 7 zu § 167 HGB, GANSSMÖLLER, 2104, LEHMANN/DIETZ, 202, KNÖCHLEIN, 371, KORMANN, 894, I.Sp., KLAUSS/MITTELBACH, 153, Anm. 251. So schon Staub, Anm. 4 zu § 169 HGB. So auch WILLAND, 750, — vgl. demgegenüber aber S.746, Anm. 11 (dazu bereits Fn.86 vorst.).

¹¹² Art. 560 I, Art. 611 I OR im internrechtlichen Sinne. Vgl. dazu ausführlich vorst. § 2, V 1.3, § 3, IV 1.3.

bildet sowohl beim Komplementär als auch beim Kommanditär der Stand des Kapitalanteils vor Beginn der Verluste. WIELAND¹¹³ stösst sich an dieser Lösung, «da der Kommanditist ausser der Einlage auch die zur Ausgleichung des Verlustes zu verwendenden Gewinne späterer Jahre verlieren würde.» Art. 601 I OR will aber, gleich wie § 167 III HGB, nur verhindern, dass der Kommanditär – ausser für die Einlageleistung – in die eigene Tasche greifen, d.h. weitere Leistungen aus dem *eigenen Vermögen* erbringen muss. Gerade dazu ist er im Rahmen der Bezugsrechtsbeschränkungen eben nicht verpflichtet. Die zwecks Wiedergänzung des verminderten Kapitalanteils stehenzulassenden Gewinne und Zinsen kommen ihm von seiten des Geschäftsvermögens zu. Der Erlass einer Beschränkung zum Bezug gegenüber dem Kommanditär gerade dann, wenn die Verluste der Gesellschaft sowie der den Kommanditär treffende Anteil besonders gross gewesen waren, wäre völlig unverständlich.¹¹⁴

Eine Ablehnung der Verbuchung des vollen Verlustanteils beim Kommanditär, auch wenn dieser allenfalls einen Stand seines Kapitalkontos von weniger als Null erzeugt¹¹⁵ und im Zusammenhang damit die Ablehnung der Bezugsrechtsbeschränkung des Kommanditärs vom Stande unter Null bis Null, wäre im übrigen gegenüber dem Komplementär gleich in doppelter Weise ungerecht. Zunächst müsste der beim Kommanditär nicht abbuchbare Verlustanteil des vergangenen Geschäftsjahres dem Komplementär belastet werden. Sodann träfe nur letzteren eine Beschränkung des Bezugsrechts ab Stand des negativen Kapitalanteils bis zum Stande Null, zumindest betreffend nachfolgender Gewinnanteile,¹¹⁶ währenddem der Kommanditär ungeachtet des Umfangs des ihn tatsächlich treffenden Verlustanteils nur vom Stande Null her einer Bezugsbegrenzung unterläge, verhältnismässig also viel früher (und völlig im Widerspruch zur Beschränkung der Bezugsrechte an sich) wieder von den

¹¹³ S. 746, Anm. 11.

¹¹⁴ U.a. auch deshalb, weil ja der Kommanditär auch bei Beendigung seiner Mitgliedschaft von diesen Gewinnen einen entsprechenden Anteil erhalten soll; so SCHILLING, Anm. 14 zu § 167 HGB; vgl. dazu vorst. § 5, III 2, § 7, IV 1 und 2.

¹¹⁵ Auch wenn übrigens einzelne oder alle Kapitalkonten negativ sind, bedeutet dies nicht unbedingt, dass der Anteil wertlos ist. Die Einlage ist nur buchmässig verloren gegangen. Nicht berücksichtigt sind dabei allfällig vorhandene stille Reserven, vgl. auch U.HUBER, 264, SCHILLING, Anm. 14 zu § 167 HGB, GANSSMÜLLER, 2105, 1.Sp., s.a. TELKAMP, 22, KORMANN, 893.

¹¹⁶ Unbestritten für Komplementär und Kollektivgesellschafter.

Gewinnen der Gesellschaft profitieren, diese also beziehen könnte.¹¹⁷ Dass sich die Bezugsbeschränkung des Kommanditär gemäss schweizerischem Recht auch auf die ihm an sich zukommenden Zinsen bezieht, vermag an diesen grundsätzlichen Überlegungen nichts zu ändern. Daraus erhellt im Gegenteil höchstens zusätzlich die Tendenz des Gesetzes, den Kommanditär verstärkt zur Wiederergänzung und Intakthaltung¹¹⁸ seiner einmal geleisteten Kapitaleinlage heranzuziehen.¹¹⁹

Zusammengefasst verwirklicht sich die Verlusttragung während werbender Gesellschaft beim Kommanditär genau gleich wie beim Komplementär. Übersteigt der dem Kommanditär zufallende Verlustanteil den vorhandenen Kapitalanteil,¹²⁰ so entsteht ein negativer Kapitalanteil. Dieser entspricht während der Dauer der Gesellschaft in allen Teilen demjenigen des Kollektivgesellschafters und Komplementärs, d.h. er zeitigt keinerlei Nachschusspflichten, wohl aber Beschränkungen des Bezugsrechts betreffend Zinsen und Gewinn im vertraglichen bzw. gesetzlichen Rahmen.¹²¹

¹¹⁷ Vgl. hierzu das instruktive Zahlenbeispiel bei U.HUBER, 277/78, im gl. Sinne KLAUSS/MITTELBACH, 153, Anm. 251.

¹¹⁸ Beides im passiven Sinne, durch Aufbüdung von Unterlassungspflichten, vgl. vorst. § 2, V 1.3.

¹¹⁹ Im Interesse der Gesellschaft, nicht der Gläubiger, vgl. vorst. § 2, V 1.3.1 und 1.3.2, § 3, IV 1.3.

¹²⁰ Stand anfangs Jahr plus zugeschriebene Zinsen Ende Jahr.

¹²¹ Und ist daher, entgegen WIELAND, 746, Anm. 11, ebenso «wahr» wie derjenige des Kollektivgesellschafters und Komplementärs, welche auch nicht zum aktiven Ausgleich während der Dauer der Gesellschaft verpflichtet sind. Gl. statt vieler TELKAMP, 26.

§ 10 Verlusttragung bei Beendigung der Mitgliedschaft zufolge Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden des Kommanditärs

I. Umfang der Verlusttragung: Anteil am Verlust

Schliesst die Liquidation¹ der Gesellschaft mit einem Verlust ab, bzw. ergibt sich ein solcher im Rahmen der Aufstellung einer Abschichtungs- bzw. Abfindungsbilanz,² so ist er zunächst nach den für die Dauer der Gesellschaft geltenden Regeln³ auf die Gesellschafter bzw. den Ausscheidenden zu verteilen. Auch wenn vertragliche Bestimmungen fehlen und der Richter für die Feststellung des Umfanges der einzelnen Verlustanteile in diesem Endstadium der Mitgliedschaft angerufen wird, hat er demgemäss sein freies Ermessen nach den vorstehend⁴ erwähnten Kriterien walten zu lassen, ohne jede Einschränkung durch Art. 601 I OR, welcher nur für die Verwirklichung des solchermassen eruierten, endgültigen Verlustes des Kommanditärs Geltung hat.⁵

¹ Die folgenden Ausführungen gelten auch für den Fall der Liquidation durch Konkurs der Gesellschaft. Vgl. dazu TELKAMP, 16 ff., insbes. zur Behandlung negativer Kapitalkonten im Konkurs, dazu noch nachst. Ziff. 2, vgl. auch § 9, Fn.89 und 93 vorst.

² Vgl. dazu vorst. § 7, IV 2.3.

³ Allenfalls nach speziellen, für die Liquidationsphase geltenden Regeln.

⁴ § 9, IV 2.2 i. V. mit § 2, IV 2.2.

⁵ Vgl. vorst. § 9, IV 2.3.

II. Verwirklichung der endgültigen Verlusttragung

1. Begrenzung auf die vereinbarte Kommanditeinlage (Art. 601 I OR)

Erst wenn die Gesellschaft aufgelöst und liquidiert wird oder, was im vorliegenden Zusammenhang gleichbedeutend ist,⁶ die Mitgliedschaft nur für den einzelnen Gesellschafter endet, indem er ausscheidet, wird die eigentliche Verlusttragung im engen Sinne, d.h. die Tragung des endgültigen Verlustes verwirklicht. In diesem Zeitpunkt werden auch die Unterschiede zwischen der Komplementär- und der Kommanditärstellung manifest.

Während der Komplementär auch im Innenverhältnis unbeschränkt «haftet», d.h. allfällige Verluste im Rahmen der Verlusttragungsregeln voll übernehmen muss,⁷ bleibt der Umfang der endgültigen Verlusttragungspflicht des Kommanditärs gemäss Art. 601 I OR in seiner Hauptbedeutung⁸ beschränkt.⁹ In dieser, allerdings wiederum dispositiven Regelung des Gesetzes¹⁰ liegt quasi ein internrechtliches Pendant zur beschränkten Haftung des Kommanditärs im Aussenverhältnis. Allerdings

⁶ Vgl. auch U.HUBER, 282, 283/84, TELKAMP, 20.

⁷ Es gilt diesbezüglich Art. 549 II OR aus dem Rechte der einfachen Gesellschaft, so auch VON STEIGER, 580, HARTMANN, N.20 zu Art. 580 OR (betr. Ausscheiden), N.7 zu Art. 588 OR (betr. Liquidation).

⁸ Diesbezüglich entgegen VON STEIGER, 623, der die Bestimmung letztlich auf die Dauer der Gesellschaft beschränken will, indem er einen Sinn nur im Zusammenhang mit der «Auffüllungspflicht» sieht, die ja eben bei Auflösung der Gesellschaft gleich wie jede positive Deckung eines negativen Kapitalanteils aus eigenen Mitteln – auch gemäss VON STEIGER, vgl. a.a.O., N.41 – entfällt. Das mangelnde Verständnis basiert m.E. auf der verfehlten Abstützung der Beschränkung des Bezugsrechts auf Art. 601 III OR, dazu vorst. § 2, V 1.3.1, sowie des weiteren auf der wörtlichen Übernahme des Gesetzestextes, d.h. der Annahme der *Kommanditsumme* sowohl als Bezugsgrenze (Abs. 3) als auch als obere Verlustbegrenzung (Abs. 1). – Diese im Gesetz, auch im aOR, vorhandene definitive Verlustbeschränkung, die mangels abweichender Vereinbarung bei Auflösung der Gesellschaft zum Zuge kommt, übersieht BGE 42 II 127 ff. (vgl. Art. 596 I aOR).

⁹ Vgl. analog dazu § 167 III HGB, sowie statt vieler HUECK, 143, U.HUBER, 282, SCHILLING, Anm. 14 zu § 167 HGB, SCHLEGELBERGER/GENSLER, Anm. 7 zu § 167 HGB, WIEDEMANN, 146, TELKAMP, 19, 24 f., LEHMANN/DIETZ, 202, KNÖCHLEIN, 371. – Vgl. die verdeutlichende Formulierung im Rahmen der Vorschläge *de lege ferenda* (Art. 601 II), nachst. im Schlusswort.

¹⁰ Welcher, wie vorst. § 9, IV a.E. erwähnt, mit der Vereinbarung einer unbeschränkten Verlusttragung des Kommanditärs begegnet werden kann. Auf der hier behandelten Ebene also liegt die Bedeutung einer solchen Vereinbarung. Häufig offenbar bei der in Deutschland verbreiteten Publikums-KG, vgl. LUTTER/HOMMELHOFF, 45.

kann der Umfang der Beschränkung – je nach Umfang von Kommanditeinlage und Kommanditsumme – unterschiedlich sein, da die obere Grenze des internen, definitiven Verlustanteils, einmal mehr im Gegensatz zum Wortlaut des Gesetzes (Art. 601 I OR), nicht die «Kommanditsumme» sein kann, sondern die *Kommanditeinlage*, und zwar die *vereinbarte*¹¹ sein muss. Einer speziellen vertraglichen Vereinbarung, wonach minimal die Einlage zurückerstattet werden sollte, bedarf es daher m.E. gerade nicht.¹²

Das folgsame Abstellen der herrschenden Lehre auf die «Kommanditsumme» erstaunt hier besonders,¹³ da sie sich – teilweise – offenbar durchaus bewusst ist, dass die Revision auch diesbezüglich keinerlei materielle Änderung gegenüber Art. 596 I aOR, welcher noch auf die Kommanditeinlage¹⁴ abgestellt hatte, beabsichtigte,¹⁵ sowie vor allem andererseits ein Abstellen auf die Kommanditeinlage übereinstimmend als dem Parteiwillen besser entsprechend und auch als sachlich angemessener erachtet wird.¹⁶

¹¹ Vgl. hiezu auch den vergleichbaren § 167 III HGB (im Wortlaut vorst. § 9, bei Fn.70): Kapitalanteil *und* rückständige Einlage, dazu noch nachst. im Text.

¹² Entgegen SIEGWART, N.11 zu Art. 619 und N.11 zu Art. 601 OR, HARTMANN, N.10 zu Art. 601, N.28 zu Art. 619 OR, FUNK, N.1 zu Art. 601 OR, VON STEIGER, 624, 652, ZR 16(1917)83; vgl. dazu vorst. § 9, IV 1. Auch diese Vereinbarung betrifft somit nur die Ebene der Verwirklichung und zwar bei Auflösung der Gesellschaft und bei Ausscheiden des Kommanditärs.

¹³ Vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, 596, HARTMANN, N.3 zu Art. 594, N.8 zu Art. 601, N.28 zu Art. 619 OR (betr. Liquidationsverlust), N.7 zu Art. 619 OR (betr. Verlust beim Ausscheiden), SIEGWART, N.11 zu Art. 601, N.11 zu Art. 619 OR (betr. Liquidationsverlust, teilweise in sich widersprüchlich, auch von Kommanditeinlage sprechend, vgl. dazu ZR 9(1910)258, FUNK, N.1 zu Art. 601 OR, VON STEIGER, 622/23, 652 (betr. Liquidationsverlust), MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.33, BISCHOFF, 19, inkl. N.1.

¹⁴ So auch noch E I Art. 604 I, E II Art. 617 I; vgl. demgegen E III Art. 601 I mit dem Begriff der Kommanditsumme, *der beides enthalte*, vgl. erneut StenBullStR 1931/161.

¹⁵ So ausdrücklich HARTMANN, N.1 zu Art. 601 OR, s.a. VON STEIGER, 623, vgl. statt vieler DIETSCHI, Berichterstatte Ständerat im StenBullStR 1931/162, vgl. zum Ganzen ausführlich vorst. § 2, V 1.3.2.

¹⁶ So z. B. SIEGWART, a. a. O., HARTMANN, N.4 zu Art. 594, N.1 zu Art. 601 OR, VON STEIGER, 623 (auch aufgrund der historischen Entwicklung), PATRY, Précis, 344. Zu VON STEIGERS Rechtfertigung der Abstützung auf die Kommanditsumme unter Hinweis auf die «Auffüllungspflicht» vgl. bereits vorst. Fn.8. VON STEIGER übersieht m.E., dass die Hauptbedeutung von Art. 601 I OR in der definitiven Verlustbegrenzung liegt, wogegen die «Auffüllungspflicht» – hier Bezugsbeschränkung – während der Dauer der Gesellschaft spielt, auf Art. 611 I OR im internrechtlichen Sinne abzustützen und insbes. an der geleisteten Einlage vor Beginn der Verlustphase und nicht an der fixen Kommanditsumme zu orientieren ist. Der Kreis schliesst sich wohl, aber nicht zur «Auffüllungspflicht», sondern zum maximal erlaubten Stehenlassen, vgl. nachst. Fn.34.

Gerade diese letzteren Argumente aber treffen den Kern der Sache. Denn ein Abstellen auf die Kommanditsumme als obere Begrenzung der Verlusttragung hätte z.B. bei überschüssend vereinbarter Kommanditsumme zur inakzeptablen Folge, dass der Kommanditär bei Beendigung der Mitgliedschaft durch Ausscheiden intern einen «Nachschuss» trotz voll erbrachter Kommanditeinlage zu leisten hätte, nämlich eben die Differenz zwischen Kommanditeinlage und Kommanditsumme.¹⁷ Art. 601 I OR hat indes gerade zum Ziel, jegliche Nachschusspflicht zu verhindern – während verbender und vor allem nach Auflösung der Gesellschaft bzw. Beendigung der Mitgliedschaft.¹⁸

Dass der Parteiwille unweigerlich einen Einfluss auf den Umfang der endgültigen Verlusttragung hat, zeigt sich spätestens dann, wenn der Kommanditär (intern) völlig vom Verlust ausgeschlossen wurde.¹⁹ Dann nämlich spielt die endgültige Verlustbegrenzung von Art. 601 I OR überhaupt nicht mehr,²⁰ und es kann der Kommanditär, auch wenn die bedungene, geleistete Einlage unter dem Betrag der Kommanditsumme liegt, weder während verbender Gesellschaft noch nach Auflösung derselben, bzw. bei seinem Ausscheiden, zu positiver Deckung gegenüber der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern gezwungen werden.

Bei überschüssend vereinbarter, aber noch nicht voll, sondern z.B. erst im Umfang der publizierten Kommanditsumme geleisteter Kommanditeinlage hingegen bliebe der Kommanditär gegenüber dem Komplementär ohne jeden Grund bevorzugt bei Annahme der Kommanditsumme als Grenze.

¹⁷ Dies vermutlich meint SIEGWART in seiner bereits kritisierten N.12 (s.a. N.13) zu Art. 601 OR mit dem «positiv zu deckenden Passivanteil», vgl. dazu vorst. § 9 (Fn.97). – Nach Auflösung der Gesellschaft und entsprechender Einwerfung des der – überschüssenden Kommanditsumme entsprechenden Betrages, hat der Kommanditär konsequenterweise ein Regressrecht gegenüber den Komplementären, vgl. nachst. § 11, IX bei Fn.76.

¹⁸ Dass Nachschusspflichten sowohl während als auch nach Auflösung der Gesellschaft etc. entfallen, führt auch VON STEIGER, 623 N.41, unmissverständlich aus; s.a. BAUMBACH/DUDEN, Anm. 2B zu § 167/68 HGB, WIEDEMANN, 146.

¹⁹ Im umfassenden Sinne, was möglich und allseits anerkannt ist, vgl. vorst. § 9, IV 1.

²⁰ So auch ausdrücklich HARTMANN, N.8 zu Art. 601 OR, vgl. ausführlich vorst. § 9, IV 1.

Der Revision ist *zusammenfassend* auch an dieser Stelle eine Verschlimmbesserung anzulasten.²¹

Eine sinngemässe Interpretation des Begriffs der Kommanditsumme ist daher auch vorliegendenfalls nicht nur erlaubt, sondern im Gegenteil geboten. Das Gesetz kann in Art. 601 I OR nur eine Begrenzung der endgültigen Verlusttragung durch die vereinbarte Kommanditeinlage meinen.²² Völlig zutreffend führt schon WIELAND²³ aus: «Der Kommanditist trägt den Verlust nur mit der Wirkung, dass sein Anspruch auf Rückforderung der Einlage sich vermindert oder gänzlich aufgehoben wird... [Anm. 12:] Deshalb kann nur die geleistete oder versprochene²⁴ Einlage die Grenze bilden, bis zu welcher der Kommanditist am Verluste teilnimmt, niemals aber die *Haftsumme* als solche...»

Das im vorliegenden Zusammenhang wie erwähnt durchaus vergleichbare deutsche Recht begrenzt seinerseits den endgültigen Verlust in § 167 III HGB²⁵ auf den «Kapitalanteil» zuzüglich der noch «rückständigen» Einlage,²⁶ was genau genommen eben umfangmässig den Betrag der vereinbarten, *bedungenen Einlage* ergibt.²⁷

Im wie üblich gründlichen Wortlaut des deutschen Textes werden noch zwei weitere Punkte klar. Erstens, dass der Kommanditär seine Einlage, soweit er sie noch nicht geleistet hat, «nachschiessen» muss. Zweitens, dass die einzuschliessende Differenz, die geschuldete,²⁸ also «rückständige»

²¹ Z.T. wurde dem grundlegenden Unterschied zwischen dem Begriff der Kommanditsumme und demjenigen der Kommanditeinlage, vgl. dazu vorst. § 1, II, nicht Rechnung getragen. Vgl. z.B. die Ausführungen des Vorsitzenden der ExpKomm zu Art. 617 des E II (Gewinn- und Verlustbeteiligung) – vgl. ProtExpKomm, 124 – : «...die Verlustbeteiligung ist begrenzt durch die Höhe der zum Handelsregister angemeldeten Kommandite [Hervorhebung durch die Verf.], sei sie einbezahlt oder rückständig...». Vgl. auch GUHL/MERZ/KUMMER, 596: Der Betrag der Kommanditsumme «*begrenzt die Verlustbeteiligung des Kommanditärs gegenüber der Gesellschaft und damit[!] auch den Gläubigern.*» Ähnlich HARTMANN, N.3 zu Art. 594, N.8 zu Art. 601 OR, abgeschwächt von STEIGER, 623.

²² Wie hier in der schweizerischen Rechtslehre soweit ersichtlich einzig HIRSCH, 162/63.

²³ S.747 inkl. Anm. 12.

²⁴ Gemäss § 167 II HGB jedoch «Kapitalanteil und rückständige Einlage», d.h. zusammengefasst die bedungene Einlage, dazu nachst. im Text.

²⁵ Vgl. erneut den Wortlaut: «*An dem Verluste nimmt der Kommanditist nur bis zum Betrage seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage teil.*»

²⁶ Auch diese Differenzierung war im aOR und den beiden ersten Entwürfen durchaus noch vorhanden. Vgl. Art. 596 I aOR, Art. 604 I E I, Art. 617 I E II. Allerdings wurde, diesbezüglich m.E. undeutlicher, auf die «eingezahlte oder [Hervorhebung durch die Verf.] rückständige Einlage» verwiesen.

²⁷ Entgegen WIELAND, 747 (s. Fn.24 vorst.) sowie S.746: Der Verlust sei beschränkt auf die versprochene Einlage nebst Zuwachs (richtig: ursprünglich geleistete samt Zuwachs).

²⁸ So von STEIGER, 623.

Einlage nicht automatisch identisch ist mit der vereinbarten Einlage abzüglich der effektiv aus eigener Tasche erbrachten Beträge,²⁹ sondern dass der ursprünglich geleisteten Einlage, quasi intern «befreiend»³⁰ allfällig stehengelassene Zinsen und Gewinnanteile, auch allfällige Honorare zuzurechnen sind. Auch dieses Stehenlassen gilt somit als «Leistung».³¹ Diese Lösung ist m.E. sachlich durchaus zutreffend, denn für die Gesellschaft sowie für die anderen Mitgesellschafter kommt es auch in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob der durch den Kommanditär geleistete Betrag ein eigentlicher Beitrag sei, d.h. eine ökonomische Einbusse für ihn bedeute oder ob er teilweise aus den dem Kommanditär zukommenden, bei der Gesellschaft stehengelassenen Beträgen aus dem Gesellschaftsvermögen herrühre. Umgekehrt hat der Kommanditär auch im internen Verhältnis für Verluste, die seine Einlage im weiten Sinne³² betroffen hatten, nur im Rahmen seiner Verpflichtung zum Stehenlassen von Zinsbetroffnissen und/ oder Gewinnanteilen aufzukommen.³³

Sowohl im deutschen als auch im schweizerischen Recht wird im übrigen durch Annahme der Begrenzung des endgültigen Verlustes durch die *vereinbarte Einlage* der Kreis in einem gewissen Sinne³⁴ zum maximal erlaubten Stehenlassen von Gewinnanteilen, Zinsbetroffnissen und Honoraren in der Gesellschaft geschlossen, da ja auch letzteres sowohl gemäss deutschem Recht (§ 167 II HGB) als auch gemäss schweizerischem Recht (Art. 601 III OR im Sinne der vorliegend vertretenen Auslegung³⁵) durch die «bedungene», die vereinbarte Einlage also begrenzt ist, womit das endgültige Risiko des Kommanditärs und seine Chance, sowohl bei verbender als auch nach Auflösung der Gesellschaft bzw. nach seinem Ausscheiden, an der gleichen Bezugsgrösse orientiert sind.³⁶ Gewahrt bleibt auch ein gewisser Zusammenhang zur Beschränkung der Bezugs-

²⁹ Diesbezüglich eben noch anders aOR sowie die ersten beiden Entwürfe, vgl. vorst. Fn.26.

³⁰ Vgl. für diesen Begriff sowie zur grundsätzlich entsprechenden Bezugsgrösse nachst. § 11, VIII 3.1.

³¹ Einlage i.w.S., vgl. vorst. § 1, III 3.

³² Vgl. Fn.31 vorst.

³³ Vgl. vorst. § 2, V 1.3, § 3, IV 1.3, nachst. § 11, IX 1.2.

³⁴ Jedenfalls im Hinblick auf die Beendigung der Mitgliedschaft.

³⁵ Vgl. vorst. § 2, V 2, § 3, IV 2.

³⁶ Im aOR und den ersten beiden Entwürfen waren denn die beiden Problemkreise noch in direktem Anschluss geregelt: die endgültige Verlusttragung jeweils in Abs. 1, Umfang und Grenze des erlaubten Stehenlassens jeweils in Abs. 2 – vgl. aOR Art. 596, E I Art. 604, E II Art. 617, vgl. vorst. § 9. Fn.49; anders auch der Vorschlag *de lege ferenda* (Art. 601), nachst. im Schlusswort.

rechte nach Verlustjahren, die zwar an der geleisteten, nicht an der vereinbarten Einlage,³⁷ aber jedenfalls am Internum, nicht an der Kommanditsumme, dem Externum also, orientiert ist.

Eine Verneinung jeglicher Nachschusspflicht bei Auflösung der Gesellschaft bzw. Ausscheiden des Kommanditärs gestützt auf Art. 601 I OR bedeutet somit: Der Kommanditär trägt den endgültigen³⁸ Verlust aus der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft von Gesetzes wegen mit der einzigen Wirkung, welche zugleich sein äusserstes Risiko umschreibt, dass er die allenfalls rückständige Einlage noch einzahlen muss,³⁹ bzw. dass sein Anspruch auf Rückforderung der Einlage sich vermindert oder gänzlich aufgehoben wird.⁴⁰ Dies bedeutet insbesondere, dass der Kommanditär für den die übrigen Gesellschafter treffenden Verlust nicht mit weiteren Eigenmitteln aufzukommen hat,⁴¹ und den ihn treffenden endgültigen Verlust – soweit die Einlage nicht rückständig ist⁴² – auf die Komplementäre, allenfalls Mitkommanditäre⁴³ umlegen kann.⁴⁴

³⁷ Für deutsches Recht vgl. § 169 I HGB, für schweizerisches Recht vgl. Art. 611 I OR gem. vorst. § 2, V 1.3.2 begründeter Auslegung.

³⁸ I.B. auf seine Mitgliedschaft.

³⁹ Bei Liquidation (bzw. Konkurs) erst im Rahmen der internen Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern, vgl. KNÖCHLEIN, 371. Gl. für den stillen Gesellschafter, REICHWEIN, 359, 2.Sp.

⁴⁰ Vgl. auch vorst. § 5, IV; vgl. im übrigen WIELAND, 747, HUECK, 143, U.HUBER, 282; s.a. ZR 9(1910)141. – Die Behauptung, dass deshalb eine Bilanz, die negative Kapitalanteile eines Kommanditärs ausweise, unrichtig sei, beruht einmal mehr auf einer Vermischung von Innen- und Aussenverhältnis, s.a. GANSSMÜLLER, 2105, Anm. 8.

⁴¹ Vgl. WIELAND, 747.

⁴² Hiezu KNÖCHLEIN, 371.

⁴³ Bis deren Kapitalanteil den Stand Null erreicht hat, s.a. U.HUBER, 279. – Unzutreffend HGer.ZH in ZR 4(1905)98, wonach der Kommanditär eine allfällige «Passivbilanz» auszugleichen hätte.

⁴⁴ So grundsätzlich auch VON STEIGER, 623 inkl. N.41. Unzutreffend wiederum SIEGWART, N.13 zu Art. 601 OR, der für eine Ausgleichsverpflichtung des «Passivanteils» plädiert, allerdings wiederum i.S. der Differenz zwischen Kommanditeinlage und Kommanditsumme – entweder durch Leistung an die übrigen Gesellschafter oder durch Leistung in die Liquidations- oder Konkursmasse. Letzteres hat aber mit der Verlusttragung überhaupt nichts mehr zu tun, sondern nur mit der Haftung – vgl. nachst. § 11, IX 2. Wie hier für die deutsche Lehre statt vieler WIEDEMANN, 146, sowie die in Fn.9 vorst. zitierten Autoren. Unzutreffend GURSKY, 1264, 2.Sp. – Zum technisch exakten Vorgehen, das im Aufstellen von zwei Bilanzen, einer ersten, die das letzte Geschäftsjahr abschliesst, sowie einer zweiten, in der der vom Kapitalkonto des Kommanditärs zurückgebuchte Verlust auf die Komplementäre verteilt worden ist, vgl. TELKAMP, 20.

2. Auswirkung endgültig negativer Kapitalanteile insbesondere

Zum besseren Verständnis der endgültigen Verlusttragung des Kommanditärs bei Vorliegen von negativen Kapitalanteilen seien noch einige Überlegungen angefügt.

An sich stellt nun dieser endgültig negative Kapitalanteil der Gesellschafter, so wie er aus der Liquidationsschlussrechnung⁴⁵ bzw. Abfindungsbilanz hervorgeht, eine echte Schuld dar (der positive eine echte Forderung⁴⁶), denn nunmehr ist er, im Gegensatz zum Kapitalanteil während der Dauer der Gesellschaft,⁴⁷ unveränderlich, definitiv. Dies unter anderem deshalb, weil er die Verlustanteile sämtlicher vorgängiger Jahre bereits enthält.⁴⁸

Der *Ausscheidende* hat somit bei Vorliegen eines positiven Kapitalanteils eine entsprechende Forderung gegenüber der Gesellschaft, die er demnach vollumfänglich und ohne Abzug eines eigenen Verlustanteils geltend machen kann.⁴⁹ Bei Vorliegen eines negativen Kapitalanteils lastet auf ihm eine entsprechende echte Schuld. Ein ausscheidender Komplementär nun hat diese Schuld zu begleichen, ein ausscheidender Kommanditär kann sie – unter Vorbehalt einer rückständigen Einlage⁵⁰ – auf die verbleibenden Mitgesellschafter, darin inbegriffen allfällig verbleibende Kommanditäre, umlegen lassen. Für das Verhältnis der Mitgesellschafter untereinander sind die Verlustaufteilungsregeln massgebend. Der während der Dauer der Mitgliedschaft geltende eigene Verlustanteil des Kommanditärs fällt ausser Betracht. Wenn dadurch einzelne Kapitalkonten negativ werden, führt dies, da die Gesellschaft an sich ja weiter existiert, zu keinerlei Ausgleichspflichten der verbleibenden Gesellschafter unter sich.

⁴⁵ Gleiches gilt wiederum für die abschliessende Bilanz bzw. Schlussrechnung aus einem Konkurs der KG, vgl. TELKAMP, 16 ff., 25.

⁴⁶ Vgl. U.HUBER, 182, KORMANN, 893, indirekt VON STEIGER, 581.

⁴⁷ Dazu vorst. § 1, III 3.

⁴⁸ Dies übersieht HARTMANN, N.7 zu Art. 588 und N.33 zu Art. 568 OR. Ausführlich KNÖCHLEIN, 364 ff., zu Unrecht bestritten von W.RANDENBORGH, DNotZ 1961/372 ff. (Antwort auf die Kritik von KNÖCHLEIN an RANDENBORGH'S früherem Artikel in DNotZ 1959/373 ff.), wie KNÖCHLEIN U.HUBER, 266.

⁴⁹ Vgl. KNÖCHLEIN, 370.

⁵⁰ Dazu KNÖCHLEIN, 372 – missverständlich jedoch seine Feststellung, diesfalls obliege dem Kommanditisten eine «uneingeschränkte» Ausgleichsverpflichtung. Diese Aussage soll offenbar nur festhalten, dass auch der Kommanditär seine allenfalls rückständige Einlage voll, d. h. nicht etwa reduziert aufgrund seiner Verlusttragungsquote, einschliessen müsse. Dies aber erscheint selbstverständlich.

Ist die Gesellschaft hingegen *liquidiert*⁵¹ worden, gilt zwar im Rahmen der internen Auseinandersetzung mutatis mutandis vorweg dasselbe.⁵² Allerdings geht es hier nicht mehr um den Ausgleich eines einzelnen Kapitalanteils wie beim ausscheidenden Gesellschafter, sondern um den sogenannten allgemeinen Saldenausgleich sämtlicher Gesellschafter.⁵³ Des weiteren richtet sich diesfalls ein allfälliger Anspruch nicht mehr gegen die Gesellschaft, sondern gegen die einzelnen Mitgesellschafter.⁵⁴ Wiederum handelt es sich aber bei der sogenannten Ausgleichsforderung um eine echte Forderung, die vollumfänglich geltend gemacht werden kann.⁵⁵ Es geht somit auch in diesem Zusammenhang nicht etwa um eine Regressforderung,⁵⁶ bei der die Regelung der Verlusttragung noch zu respektieren, und entsprechend der eigene Verlustanteil bei Geltendmachung abzuziehen wäre.⁵⁷ Liegen daher mehrere positive Kapitalanteile vor, so hat der Ausgleich von Seiten des oder der Inhaber negativer Kapitalanteile⁵⁸ im *Verhältnis* der Anteile der Ansprecher⁵⁹ zu geschehen. Das heisst massgebend für den Ausgleich ist das Verhältnis der positiven Kapitalanteile zueinander.⁶⁰ In diesem Verhältnis muss jeder Gesellschafter

⁵¹ Wiederum inbegriffen, auch zwangsweise, durch Konkurs.

⁵² Vgl. ausführlich KNÖCHLEIN, 367 f.

⁵³ Vgl. dazu vorst. § 5, IV, s.a. HARTMANN, N.7 zu Art. 588 OR.

⁵⁴ Vgl. vorst. a.a.O., s.a. VON STEIGER, 581; so bereits BGE 24 II 738.

⁵⁵ Vgl. U.HUBER, 266 f., insbes. auch Anm. 13 und 15, KNÖCHLEIN, 368, 369, 372, s.a. VON STEIGER, a.a.O.

⁵⁶ Diesbezüglich unzutreffend HARTMANN, N.7 zu Art. 588 OR: Rückgriff nach dem Grundsatz über die Solidarität, unter Verweis auf N.33 zu Art. 568 OR, wonach die Verlustaufteilung auch massgebend sein soll, wenn der Gesellschafter eine Forderung als Drittgläubiger geltend macht; wie hier KNÖCHLEIN, 368.

⁵⁷ Wie z.B. dann, wenn ein Gesellschafter nach Abschluss der Liquidation von Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen wird für Schulden, die er nicht im Zuge der Liquidation übernommen hatte. Vgl. VON STEIGER, 580, 469, so auch HARTMANN, N.33 zu Art. 568 OR als Grundsatz. Vgl. jedoch die unannehmbare Ausdehnung des Grundsatzes auf einen Gesellschaftergläubiger, vgl. vorst. Fn.; s.a. nachst. § 11, VII 2.1.

⁵⁸ Vgl. VON STEIGER, 581, vermutlich irrtümlich: den Betrag des «Privatkontos», gemeint wohl «Passivkonto».

⁵⁹ So U.HUBER, 267 – vgl. daselbst auch seine instruktiven Zahlenbeispiele, KNÖCHLEIN, 367 f., WIELAND, 703, sein Zahlenbeispiel in Anm. 59 ist m.E. jedoch mit zwei Vorzeichenfehlern behaftet: A sollte offenbar der Inhaber des negativen, C der Inhaber des positiven Kapitalanteils sein.

⁶⁰ Sind nur positive Kapitalanteile vorhanden, ist mit deren Rückzahlung und der Verteilung des Liquidationsgewinnes das Problem gelöst, vgl. auch VON STEIGER, 581, KNÖCHLEIN, 362.

mit negativem Kapitalanteil jedem Gesellschafter mit positivem Kapitalanteil einen Ausgleich leisten.⁶¹

Kann einer oder können mehrere der Inhaber von negativen Kapitalkonten den Ausgleich nicht leisten, so verteilt sich der Ausfall im Sinne eines weiteren Verlustes nunmehr nach Massgabe der Verlusttragungsregeln auf sämtliche übrigen Gesellschafter, und zwar inklusive Inhaber von positiven Kapitalkonten.⁶² – Sind nur negative Kapitalkonten gegeben, was vor allem nach Beendigung des Konkurses vorkommen wird,⁶³ so bedeuten sie das Resultat der Umlegung der offenbar noch vorhandenen offenen Gesellschaftsschulden. Letztere sind folglich im direkten Verhältnis der negativen Kapitalanteile untereinander gegenüber dem oder den Gesellschaftsgläubigern zu begleichen. Nur falls einer der Gesellschafter mehr als diesen Anteil zahlt, hat er einen Ausgleichsanspruch, nicht etwa also schon aufgrund des unterschiedlichen Umfanges der einzelnen negativen Kapitalkonten an sich.⁶⁴

Gleich wie mit den nicht *einbringlichen* negativen Kapitalanteilen von Kollektivgesellschaftern oder Mitkomplementären wird nun aber mit den von Gesetzes wegen nicht *einzubringenden*⁶⁵ negativen Kapitalanteilen des oder der Kommanditäre verfahren.⁶⁶ Auch diese werden voll auf die Komplementäre, beschränkt auf allfällige Mitkommanditäre,⁶⁷ umgelegt nach den ursprünglich geltenden Verlusttragungsregeln.⁶⁸ Bei prozentualer oder bruchteilsmässiger Verlusttragungsregelung ist dabei auch der den Kommanditär während der Dauer der Gesellschaft treffende Verlustanteil entsprechend aufzuschlüsseln.

⁶¹ Vgl. VON STEIGER a.a.O.: im Verhältnis der «Aktivkonten», «Kapitalkonten» – nicht «Verlustbeteiligungsschlüssel» gem. KNÖCHLEIN, 372, «verhältnismässiger» Ersatz auch gemäss HARTMANN, N.7 zu Art. 588 OR (vgl. aber die irrtümliche Annahme eines Rückgriffsrechts vorst. Fn.56), wie hier dem Wortlaut nach auch WIELAND, 703.

⁶² Vgl. U.HUBER, 267, vgl. auch die Fortsetzung seiner Zahlenbeispiele, KNÖCHLEIN, 369, 371 (dies entspreche dem Wesen der Gesamthand) s.a. S.372, VON STEIGER, 581, WIELAND, 703, unter dem Stichwort «Umlageverfahren».

⁶³ Vgl. dazu erneut TELKAMP, 16 ff.

⁶⁴ Vgl. U.HUBER, 269, HARTMANN, N.7 zu Art. 588 OR.

⁶⁵ Vgl. dazu vorst. Ziff. 1 a.E. – Immer unter Vorbehalt einer allfällig rückständigen Einlage.

⁶⁶ Vgl. KNÖCHLEIN, 371 f. Unzutreffend, GURSKY, 1264.

⁶⁷ Es sei denn, diese unterlägen einer von Art. 601 I OR abweichenden vertraglichen Verlusttragungsregelung.

⁶⁸ Selbstverständlich ohne spätere Regressmöglichkeit gegenüber dem Kommanditär, so ausdrücklich KORMANN, 894, 1.Sp.

Für den Kommanditär selbst entsteht in diesem Moment steuerlich betrachtet gewissermassen ein persönlicher «Liquidationsgewinn», für die Komplementäre eine zusätzlicher «Liquidationsverlust».⁶⁹

⁶⁹ Zu den steuerlichen Problemen aus der Sicht des deutschen Rechts ausführlich U.HUBER, 279 f., 284 f., KORMANN, 893 ff. Gem. U.HUBER, 285, muss der Kommanditist seinen negativen Kapitalanteil, soweit er ihm früher steuerlich angerechnet worden war, nachversteuern und können die übrigen Gesellschafter den Teil des negativen Kapitalanteils des Kommanditisten, den sie übernehmen, von ihrem zu versteuernden Einkommen absetzen. Zu einkommenssteuerrechtlichen Problemen vgl. erneut auch THIEL, 664 ff., TELKAMP, 16 ff.

2. Teil

Die vermögensrechtliche Stellung des Kommanditärs im Aussenverhältnis

4. Kapitel

Haftung des Kommanditärs

§ 11 Regel: Beschränkte Haftung des Kommanditärs

I. Zum Begriff der Haftung im Gesellschaftsrecht

Nach bekannter und geläufiger Definition bedeutet Haftung grundsätzlich ein vermögensmässiges Entstehenmüssen für eine, nicht unbedingt die eigene, Schuld.¹

Im Gesellschaftsrecht des schweizerischen OR ist der Begriff der Haftung nirgends als solcher umschrieben; vielmehr wurde lediglich Ausmass und Art der Haftung der einzelnen Gesellschaftsformen ausgestaltet. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Haftung des Kommanditärs herauszuschälen und soweit nötig gegenüber der Haftung des Kollektivgesellschafters und Komplementärs abzugrenzen.

II. Allgemeines zur beschränkten Haftung

Die Ausgestaltung der Haftung und zwar insbesondere die Beschränktheit der Haftung des Kommanditärs bildet wohl das wesentlichste positive Merkmal der Kommanditärstellung. Sie ist entsprechend Bestandteil der Legaldefinition in Art. 594 I OR.² Das Gesetz regelt im übrigen allerdings die Ausnahme, nämlich die unbeschränkte Haftung des Kommanditärs

¹ Grundsätzliches zu den Begriffen Schuld und Haftung vgl. OSER-SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zum OR, Allgem. Teil, Bd. V/1, N. 57 ff. der Vorbem. zu Art. 1-67 OR, weitere Zitate bei VON STEIGER, 536, N. 3.

² Zur unzutreffenden Gleichstellung von Vermögenseinlage und Kommanditsumme daselbst, vgl. vorst. § 1, II.

vor der beschränkten Haftung im einzelnen, d.h. Art. 605-607 vor Art. 608 ff. OR. Dies mag zum Teil³ im chronologischen Ablauf eines Kommanditärlebens begründet sein.

Die Beschränkung der Haftung des Kommanditars ist im schweizerischen Recht zufolge des Prinzips der Subsidiarität, d.h. dem Nacheinander der Geltendmachung, sowie wegen der ausschliesslichen Leistungspflicht des Kommanditars an die Gesellschaft bzw. an die Konkurs- oder Liquidationsmasse (Art. 610 I und II OR)⁴ noch viel deutlicher ausgeprägt als die Haftung des deutschrechtlichen Kommanditisten. Dieser nämlich haftet den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar; die Leistung hat an sie, nicht an die Gesellschaft zu erfolgen (§ 171 HGB). Hier liegen fundamentale Unterschiede in der Ausgestaltung der beiden gesetzlichen Regelungen, die beim Einbezug von deutscher Lehre und allenfalls Rechtsprechung unbedingt stetig und mit grosser Akribie beachtet werden müssen.

Die Beschränkung der Haftung ist im übrigen weder eine Beschränkung bezüglich der Art der Schulden noch bezüglich der Haftungsgegenstände, sondern nur dem Umfange nach. Die Haftung des Kommanditars ist eine *summenmässig beschränkte Gesamthaftung*.⁵ Nur diese Beschränkung, nur dieses Charakteristikum, ist im Gesetz näher umschrieben. Soweit es hingegen um den Inhalt der Haftungsschuld bzw. um die Art der Haftung an sich geht, sind weitgehend Grundsätze aus dem Rechte der KollG beizuziehen, auch wenn ein grundsätzlicher, Art. 598 II OR für das Innenverhältnis entsprechender Verweis des Gesetzes auf die Übernahme von Vorschriften der KollG aus dem Aussenverhältnis fehlt.⁶

³ Vgl. v.a. die Fälle von Art. 606 und 607 OR.

⁴ Ausführlich dazu nachst. V sowie IX 2.2.

⁵ Vgl. SIEGWART, N.6 und N.8 zu Art. 610/12, N.1 zu Art. 614 OR; s.a. WIELAND, 741, SCHULTEGELBERGER/GESSLER, Anm. 2 zu § 171 HGB, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1159.

⁶ Unbestritten; vgl. immerhin Art. 604 OR betreffend Subsidiarität der Haftung des Komplementärs, dazu VON STEIGER, 630. Unzutreffend BGE 57 II 360, wonach Kommanditäre eine grundsätzlich andere Stellung einnehmen als Kollektivgesellschaftler. – Von einer qualitativen Andersartigkeit der Kommanditistenhaftung gegenüber derjenigen des Komplementärs geht auch HASEMEYER, 49, aus, wobei seine Ausführungen, die sich mit der unmittelbaren Haftung des deutschen Rechts auseinandersetzen, für Fragen des schweiz. Rechts mit äusserster Vorsicht aufzufassen sind; wie hier, d.h. gleiche Qualität, nur anderes Ausmass der Haftung, KEUK, 410.

III. Gegenstand der Haftung

Grundsätzlich, d.h. unter Vorbehalt anderslautender vertraglicher Vereinbarung, haftet auch der Kommanditär als vollwertiger Gesellschafter⁷ für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft,⁸ (Art. 568 I OR), unabhängig vom Entstehungsgrund.⁹

Selbstverständlich ist, dass der Kommanditär einzustehen hat für individualrechtliche Rechtsgeschäfte (z.B. Kauf, Darlehen, Miete),¹⁰ die von vertretungsbefugten¹¹ Komplementären für die Gesellschaft¹² abgeschlossen wurden.¹³ Gleiches gilt für den Abfindungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters.¹⁴

Im Rahmen der Revision wurde die Haftung «ex delicto» hinzugefügt, d.h. die Haftung für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begeht

⁷ Nicht etwa Gläubiger der Gesellschaft, so noch BGE 22/883, ZR 2(1903)215, 3(1904)49, S.83 f., wie hier jedoch bereits deutlich BGE 29 II 665, 30 II 463, sowie ausdrücklich BGE 60 I 7 (im Jahre 1934 offenbar erst «überwiegende Anschauung», vgl. auch vorst. § 1, III 1.

⁸ Gem. WIELAND, 633, «sämtliche Verpflichtungen, die einen Wechsel der zum Vollzuge Verpflichteten zulassen», s.a. S.639, nicht hingegen für Verbindlichkeiten, die den Kommanditär aus Anlass der Haftung treffen, wie Prozesskosten, Kosten aus gegen ihn durchgeführter Zwangsvollstreckung, ders., 758. – Die abweichende Auffassung von PATRY, Précis, 350, verkennt m.E. die Rechtsnatur der Haftung des Kommanditärs; auch in dieser Beziehung ist er einem Aktionär nicht gleichzustellen, was sich insbes. bei der akzessorischen Art seiner Haftung und den entsprechenden Einreden auswirkt; wie hier auch SIMON, 8 ff., 34 f., HARTMANN, N.2 zu Art. 610 OR.

⁹ Vgl. statt vieler VON STEIGER, 631.

¹⁰ Beim Komplementär kann eine wechsellässige Haftung entstehen, vgl.z.B. SIEGWART, N.2 und N.4 zu Art. 567 OR; ZR 13(1914)140, 29(1930)135, beim Kommanditär nur, falls er ausnahmsweise der Konkursbetreibung unterliegt, vgl. Art. 177 I, Art. 39 I Ziff. 3 SchKG.

¹¹ Die Vertretungsbefugnis der Komplementäre erstreckt sich auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen konnte; s.a. BGE 95 II 448 ff. betr. AG, jedoch in Anlehnung an Art. 564 I OR für den Kollektivgesellschafter, insbes. S.449.

¹² Die Absicht, für die Gesellschaft zu handeln, kann aus den Umständen hervorgehen, vgl. z.B. BGE 27 II 51.

¹³ Vgl. Art. 603 OR. Der Kommanditär hingegen hat keine organschaftliche Vertretungsmacht. Art. 603 OR ist zwingender Natur, s. VON STEIGER, 628; dito für das deutsche Recht § 170, dazu HUECK, 143. Zu den Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Übertragung durch Prokura, Handlungsvollmacht s. nachst. § 12, II 1.

¹⁴ Vgl. dazu vorst. § 7.

(Art. 567 III OR).¹⁵ Diese Haftung ex delicto enthält ein körperschaftsähnliches Element¹⁶ und war bislang nur bei juristischen Personen¹⁷ ausdrücklich anerkannt. Die persönliche unmittelbare Haftung des handelnden Gesellschafters bleibt von der Haftung der Gesellschaft bzw. der subsidiären ihrer Gesellschafter unberührt; allenfalls hat die Gesellschaft ein Regressrecht gegenüber dem Verantwortlichen.¹⁸

Gemäss übereinstimmender Lehre und Judikatur erstreckt sich schliesslich die Haftung auch auf Schulden aus gesetzlichen Kausalhaftungen (z. B. Tierhalterhaftung, Werkeigentümerhaftung etc.),¹⁹ aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus mitgliedschaftlichen Verpflichtungen gegenüber anderen Personenverbindungen, sowie aus öffentlichem Recht.²⁰

Immer aber muss es sich um *Gesellschaftsschulden* handeln. Für private Schulden haftet der Gesellschafter nur mit seinem Privatvermögen. Entsprechend können die Privatgläubiger nicht auf das Gesellschaftsvermögen greifen, sondern nur die vermögensrechtlichen Ansprüche ihres Gesellschafterschuldners gegen die Gesellschaft pfänden.²¹

¹⁵ Vgl. dazu HARTMANN und SIEGWART, je N.6 ff. zu Art. 567 OR, GUHL, Gesamthandschaften, 16. – Zu den Voraussetzungen für diese Haftung vgl. HALBHEER, 36 ff., ders. zu den Kriterien der Praxis, S.56, sowie zu dem wichtigsten Kriterium, «*ob die Möglichkeit der Vornahme der Handlung ausschliesslich auf die Mitgliedschaft zur Gesellschaft zurückgeführt werden könne*», S.58 f.; s.a. die reichhaltige Judikatur zu Art. 718 OR; Haftung ex delicto anerkannt auch gemäss deutscher Lehre, vgl. z.B. HUECK, 115, BOHNENBERG, Anm. III zu § 128 HGB.

¹⁶ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 9, N.52a.

¹⁷ Allgemein Art. 55 III ZGB, speziell für die AG in Art. 718 III, für die GmbH in Art. 814 IV, für die Genossenschaft in Art. 899 III OR. – Ausdrücklich abgelehnt, auch unter revOR, für die einfache Gesellschaft, vgl. BGE 84 II 382 f.

¹⁸ So SIEGWART, N.8 zu Art. 568 OR, HARTMANN, N.10 zu Art. 567 OR.

¹⁹ Vgl. VON STEIGER, 443.

²⁰ Vgl. VON STEIGER, 536, HARTMANN, N.7 zu Art. 568 OR.

²¹ Vgl. Art. 613 OR, vgl. auch Art. 572 OR für die KollG; s.a. den entsprechenden Ausschluss der Verrechnung in Art. 613 und Art. 573 I OR; analog HUECK, 115, für das deutsche Recht gestützt auf § 124 II HGB. – Ausnahme, sofern Gesellschaftsgläubiger gleichzeitig Privatschuldner ist, vgl. Art. 573 III OR; für den Kommanditär allerdings zusätzlich auf Fälle der unbeschränkten Haftung begrenzt, vgl. Art. 614 I OR, dazu nachst. IX 2.4.3.2.2.

IV. Inhalt der Haftungsschuld

Die Frage der Identität von Gesellschafts- und Gesellschafterschuld²² bzw. die Kontroverse, ob es sich bei der Haftung des Gesellschafters um eine Haftung für die *reale Erfüllung* (in specie) der Gesellschaftsschuld oder nur für das *Interesse des Gläubigers an der Erfüllung* der Gesellschaftsschuld handle,²³ ist m.E. nicht von grosser praktischer Bedeutung. Bezeichnenderweise haben sich die schweizerischen Gerichte nicht damit befasst, ausführlich hingegen vor allem die deutsche Doktrin. Die Kontroverse ist auch unergiebig. Dies vor allem deshalb, weil sich die Standpunkte im Einzelfall letztlich sehr annähern und der Unterschied knapp zusammengefasst nur darin besteht, was Regel und was Ausnahme sein solle.²⁴ Bei Geldschulden, immerhin dem unbestreitbar häufigsten Leistungsinhalt, wirken sich die unterschiedlichen Ansichten gar überhaupt nicht aus; vielmehr werden sie ausschliesslich relevant bei Ansprüchen gegen die Gesellschaft, die auf Sachleistungen, ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sind.²⁵

Kurz zusammengefasst und soweit hier überhaupt Stellung genommen wird, ist der Auffassung des *Erfüllungsinteresses als Regel*, der *Realerfüllung als Ausnahme* der Vorzug zu geben. Dies vor allem aufgrund des für das schweizerische Recht wesentlichen²⁶ Prinzips der Subsidiarität,²⁷ sowie wegen mangelnder Praktikabilität der Realerfüllungstheorie.²⁸

²² Bejaht von HARTMANN in N.5 zu Art. 568, N.2 zu Art. 600 OR.

²³ Ausführlich dazu VON STEIGER, 536 ff.

²⁴ Regel: Realerfüllung, Ausnahme: Erfüllungsinteresse – HARTMANN, N.7 zu Art. 568 OR, gleich, nicht ganz eindeutig SIEGWART, N.21, s. aber N.26 zu Art. 568/69, sowie N.8 zu Art. 610/12 OR (gestützt auf SIMON, 99) sowie die offenbar überwiegende Meinung im deutschen Recht (gem. VON STEIGER, 537), s.a. HUECK, 115 ff. mit Zitaten), was aber durch die im deutschen Recht für den OHG-Gesellschafter und Gesellschafter der KG fehlende Subsidiarität der Haftung (und dadurch minderen Verselbständigung der OHG/KG) erklärt werden kann. – Umgekehrt Regel: Erfüllungsinteresse, Ausnahme: Realerfüllung, VON WYSS, § 5, insbes. 53 ff., vor allem VON STEIGER, 538 ff., aber auch WIELAND, 631, 636/37, mit dem Kernsatz, dass weder dem einzelnen Gesellschafter die Erfüllung zuzumuten, noch dem Gesellschaftsgläubiger hieran gelegen sei.

²⁵ So auch HUECK, 116.

²⁶ Allerdings im Gegensatz zum ital. Recht nicht völlig durchgeführten, s. nachst. Fn.66.

²⁷ Vgl. dazu nachst. V 1, s.a. VON WYSS, 53 f.: «Der Gesellschafter kann nicht – auf der einen Seite – persönlich zur Erfüllung der selben Verbindlichkeiten wie die Gesellschaft verpflichtet sein..., auf der andern Seite erst dann belangt werden können, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder zahlungsunfähig geworden ist...»; s.a. das Umwandlungsprinzip im Konkursfalle, Art. 211 SchKG, das eine Realerfüllung an sich ausschliesst.

²⁸ Vgl. auch WIELAND, 638, N.7.

Für den Kommanditär insbesondere kann die Haftung mit der notwendigerweise in Geld ausgedrückten Haftsumme²⁹ nur als Haftung für das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung verstanden werden;³⁰ vor allem, wenn man im Auge behält, dass der Gesellschaftsgläubiger³¹ vom Kommanditär ausschliesslich Leistung in die Liquidations- oder Konkursmasse verlangen kann.³²

Auch wenn Interessehaftung angenommen wird,³³ ändert dies im übrigen nichts an der Tatsache, dass der Gesellschafter für die Verbindlichkeit der Gesellschaft in ihrem vollen Umfange und in ihrem jeweiligen Bestande haftet.³⁴

V. Art der Haftung

Wie bereits erwähnt,³⁵ entspricht die Art der Haftung des Kommanditärs im hier verstandenen Sinne genau derjenigen des Komplementärs bzw. des Kollektivgesellschafters. Auch der Kommanditär haftet also im Vergleich zur Gesellschaft subsidiär, im Vergleich mit den Mitgesellschaftern gegenüber Dritten solidarisch, er haftet persönlich und im Sinne einer Interessehaftung.³⁶ Verschieden ist lediglich das Ausmass der Haftung, d.h. der einzige Unterschied liegt wie bereits ebenfalls erwähnt in der Beschränkung derselben.³⁷

²⁹ Vgl. vorst. II, nachst. VI.

³⁰ So auch SIEGWART, N.8 zu Art. 610/12 OR, VON STEIGER, 631, 635/36, SIMON, 16, 25, 34, 89, BISCHOFF, 13, 133; anders HARTMANN, N.2 zu Art. 610, vgl. aber seine N.21 zu Art. 610 OR. — HUECK, 144 i.V. mit 116 ff., scheint die (Real-)Erfüllungstheorie auch für Kommanditisten uneingeschränkt zu bejahen, was angesichts der unmittelbaren Haftung und direkten Möglichkeit der Geltendmachung im deutschen Recht eher vertretbar ist — vgl. insbes. § 128 HGB — anders WIELAND, 757, Anm. 3, 759, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1167 (für den beschränkt haftenden Kommanditisten), KORNBLUM, 252 ff., Ausnahme allenfalls betr. den «kapitalistischen» Kommanditisten, ders. S.266, vgl. nachst. § 12, IV; für den Konkursfall notwendigerweise Interessehaftung gem. LEVEN, 80 (*prima vista* nicht zwingend, da ja der Konkursverwalter auch die Einlage einzufordern berechtigt ist nach deutschem Recht).

³¹ Bzw. die Konkursverwaltung oder die Liquidatoren, dazu nachst. IX 2.1.

³² Art. 610 II OR, vgl. dazu ausführlich nachst. IX 2.2.

³³ So auch MANGOLD, 27, 45, VON WYSS, 55.

³⁴ So WIELAND, 632, vgl. auch nachst. V 4.

³⁵ Vgl. vorst. II a.E., s.a. Fn.52.

³⁶ Zu letzterem bereits vorst. IV.

³⁷ Vgl. dazu nachst. VI 1, so auch STIFFLER, 54, a.A. scheinbar SIEGWART, der in N.1 zu Art. 610/12 OR von einer besonders «gearteten» Haftung des Kommanditärs spricht,

1. Subsidiarität der Haftung

Das Prinzip der Subsidiarität wirkt sich recht eigentlich erst bei der Geltendmachung der Haftung aus, charakterisiert die Haftung aber andererseits doch auch und soll daher teilweise bereits an dieser Stelle behandelt werden.

Im Gegensatz zur einfachen Gesellschaft verfügen die KollG und die KG über ein vom privaten Vermögen der Gesellschafter grundsätzlich getrenntes Gesellschaftsvermögen.³⁸ Dieses Gesellschaftsvermögen – soweit überhaupt vorhanden –,³⁹ und damit der Anteil des Kommanditärs daran, haftet primär, d.h. es ist in erster Linie für die Zahlung der Gesellschaftsschulden bestimmt. Es unterliegt daher auch einem Sonderkonkurs.⁴⁰

Das Gesellschaftsvermögen haftet den Gesellschaftsgläubigern unbegrenzt und ohne Rücksicht auf die Beteiligung der einzelnen Gesellschafter. Der Zugriff der Gläubiger⁴¹ auf das Gesellschaftsvermögen – nach Auflösung der Gesellschaft – trifft auch den Kommanditär als Gesamteigentümer.⁴² Daraus erklärt sich einerseits, dass dem Kommanditär seine bereits erfolgten Leistungen auf die Einlage in das Gesellschaftsvermögen an die Haftung angerechnet werden,⁴³ andererseits aber auch, dass eine geleistete⁴⁴ überschüssende, d.h. den Betrag der

s. aber N.6 zu Art. 594/95 OR. Wie hier HARTMANN in N.2 zu Art. 607 OR, WIELAND, 738.

³⁸ Die Abgrenzung vom Geschäfts- und Privatvermögen kann allerdings im Einzelfall schwierig sein, vgl. z.B. den Fall in BGE 27 II 52, s.a. GUHL, Gesamthandsverhältnisse, 12; von Bedeutung v.a. in Steuerrechtsfragen, vgl. z.B. Zbl. 71 (1970) 256.

³⁹ Auf dessen Aufbringung und Erhaltung hat der Gesellschaftsgläubiger wie bereits mehrfach erwähnt, im Gegensatz zu der Rechtslage bei der AG, keinerlei Anspruch.

⁴⁰ Hierin besteht das einzige Vorrecht der Gesellschaftsgläubiger, vgl. auch SIEGWART, N.2 zu Art. 570, N.1 zu Art. 616 OR, HARTMANN, N.5 zu Art. 616 OR.

⁴¹ Um den Text nicht unnötig zu belasten, wird «Gläubiger» teilweise i.S. von *Gesellschaftsgläubiger* verwendet; die persönlichen Gläubiger des Kommanditärs werden hingegen durchgehend als *Privatgläubiger* bezeichnet.

⁴² Vgl. z.B. VON STEIGER, 631, HARTMANN, N.4 zu Art. 608 OR.

⁴³ Vgl. Art. 610 II OR, SIEGWART, N.7 zu Art. 610/12 OR; vgl. v.a. nachst. VIII 2.

⁴⁴ Nicht eine nur versprochene, vgl. SIEGWART, N.16 zu Art. 570, N.3 zu Art. 616 OR, sowie vorst., § 6, IV, inkl. Fn. 18 daselbst.

Kommanditsumme übersteigende Kommanditeinlage den Gläubigern verfangen bleibt.⁴⁵

Die Gesellschafter – Komplementäre und Kommanditäre – haften mittelbar, hinter dem Gesellschaftsvermögen,⁴⁶ eben subsidiär, d.h. für ihre Belangbarkeit müssen gewisse Voraussetzungen erfüllt sein.⁴⁷

Entsprechend bedeutet der von der Rechtslehre entwickelte Begriff der Subsidiarität gemäss VON STEIGER,⁴⁸ «ein «Nacheinander» hinsichtlich der Geltendmachung von Verpflichtungen durch Regelung ihrer Voraussetzungen».

Dass das Prinzip der Subsidiarität eine Besonderheit des schweizerischen Rechtes sei,⁴⁹ kann heutzutage in dieser Absolutheit nicht mehr aufrechterhalten werden.⁵⁰ Richtig ist allerdings nach wie vor, dass das deutsche Recht, dem das schweizerische Recht der Personengesellschaften sonst sehr weitgehend ähnlich bzw. nachgebildet ist, in diesem Falle scharf vom OR abweicht. Wie erwähnt, hat es die Haftung der OHG-Gesellschafter, der unbeschränkt haftenden Gesellschafter der KG und in der Regel des Kommanditisten⁵¹ als direkte, unmittelbare Haftung ausgestaltet, d.h. sich für ein Nebeneinander, nicht für ein Nacheinander der Haftungen von Gesellschaft und Gesellschaftern entschieden.⁵² Hierin mag die wesentlich grössere Verbreitung der KG in Deutschland zu einem gewissen Teil

⁴⁵ Sowohl im Rahmen des Konkurses – vgl. Art. 616 II OR, vorst. § 1, VI 2.2, § 6, IV, sowie HARTMANN, N.4 zu Art. 608 OR, VON STEIGER, 631, N.14, SIEGWART, N.7 zu Art. 610/12 OR, WIELAND, 757 – als im Rahmen der Liquidation, vgl. vorst., § 1, VI 2.1; s.a. SCHLEGELBERGER/GEISLER, Anm. 2 zu § 171 HGB, U.U. verbleibt dem Kommanditär intern der Regress, vgl. SIEGWART, N.7 zu Art. 610/12, N.8 zu Art. 594, N.4 zu Art. 598, N.11 zu Art. 601 OR.

⁴⁶ Anders entsprechend bei der einfachen Gesellschaft, wo die Gesellschaftsgläubiger, auch wenn ein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, keinen direkten Zugriff darauf, sondern nur indirekt, via Zwangsvollstreckung, auf den Liquidationsanteil der Gesellschafter haben. So z.B. VON STEIGER, 444, Art. 544 III OR.

⁴⁷ Vgl. Art. 568 III OR, Art. 610 I OR insbes. für den Kommanditär, vgl. dazu unter IX 1 nachst.

⁴⁸ S.538, N.17.

⁴⁹ So noch HARTMANN in N.1 zu Art. 610 OR.

⁵⁰ Vgl. die Ausführungen von VON STEIGER, 548, betr. ausländisches, insbes. das ital. Recht.

⁵¹ Anders im Konkurs der Gesellschaft, hier gilt auch gemäss deutschem Recht das Prinzip der gleichmässigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, vgl. § 171 II HGB, SCHILLING, Anm. 35 f. zu § 171 HGB, LEVIN, 81, dessen detaillierte Ausführungen über die Haftung im Gesellschaftskonkurs jedoch nur zum kleinsten Teil beachtet werden dürfen für das Schweiz. Recht, vgl. auch nachst. IX 2.

⁵² Vgl. § 128 HGB für OHG, § 171 I für KG, vgl. BOHNENBERG, Anm. I zu § 171 HGB, HULCK, 119; vgl. den Begriff «Doppelhaftung» bei SUDHOFF, 20. Vgl. aber auch WESTERMANN, 88, 94, der für Regressansprüche bei überschüssender Haftsumme die Subsidiarität des Anspruchs gegen die Mitgesellschafter auch im deutschen Recht bejaht, ähnlich

begründet sein.⁵³ Eine derartige direkte Haftung der Gesellschafter bedeutet für die Gläubiger einen wesentlich erleichterten Zugriff auf das Privatvermögen der Gesellschafter und erhöht folglich die Kreditbereitschaft der ersteren gegenüber der Gesellschaft. Jedoch dürfen die Vorteile nicht überbewertet werden; bei näherer Betrachtung scheinen gar die Nachteile zu überwiegen. Abgesehen vom unerfreulichen «Wettlauf der Gläubiger» («wer zuerst kommt, mahlt zuerst») ist die Haftung dem klagenden Gläubiger weder während des Rechtsstreits noch nach rechtskräftiger Verurteilung gesichert. Der Kommanditist kann seine Einlage nach wie vor an die Gesellschaft oder seine «Hafteinlage»⁵⁴ an einen anderen Gläubiger leisten.⁵⁵ Das schweizerische Recht hat von einer solchen Verschärfung der Haftung schon im aOR bewusst Abstand genommen.⁵⁶ Im Rahmen der Revision des OR stand eine Übernahme der HGB-Regelung in diesem Punkte nie zur Diskussion.

Das Prinzip der Subsidiarität erleidet im schweizerischen Recht einige Durchbrechungen. Die beiden Haftungen, die primäre der Gesellschaft und die subsidiäre des Gesellschafters bzw. Kommanditärs, können nebeneinander bestehen. Beim Komplementär, nicht aber beim Kommanditär⁵⁷

offenbar der BGH betr. Regressforderungen in der Auseinandersetzung, vgl. SCHNEIDER/SCHNEIDER, 69.

⁵³ V.a. jedoch in der Tatsache, dass Komplementäre nicht natürliche Personen zu sein brauchen, was zu der Bildung der GmbH & CoKG sowie der eigentlichen Publikums-KG mit unzähligen Kommanditisten geführt hat, vgl. z.B. HUECK, 148 ff., LUTTER/HOMMELHOFF, 43 ff., letztere offenbar begünstigt v.a. durch Besonderheiten des deutschen Steuerrechts; zur steigenden Beliebtheit der KG s.a. LEHMANN/DIETZ, 193 f.

⁵⁴ Zu den ebenfalls nicht klar und einheitlich verwendeten Begriffen im deutschen Recht vgl. vorst. § 1, II.

⁵⁵ Vgl. SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 27 und 28 zu § 171 HGB, PETZOLDT, 976, KLAUSS/MITTELBACH, 176, Anm. 294, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1167 ff. Zu besonderen rechtlichen Schwierigkeiten in der deutschen Lehre und Praxis gerade zufolge der unmittelbaren Haftung s.a. KONIETZKO, z.B. S.62 ff., HASEMEYER, 45 ff., 53, zu der mit der Doppelhaftung während der Dauer der Gesellschaft verbundenen Doppelfunktion des Konkursverwalters und der damit gegebenen Gefahr der – von der herrschenden deutschen Meinung offenbar o.w. bejahten – Risikokumulation für den Kommanditisten mit Sacheinlagepflicht vgl. ausführlich GURSKY, 1261 ff. (vgl. dazu noch nachst. IX, Fn.93). Zur Gefahr der Doppelzahlung allgemein, da der einzelne Gläubiger sowohl ein direktes Vorgehen auf die Hafteinlage, als auch ein indirektes, via Pfändung des Anspruchs der Gesellschaft auf Zahlung der Pflichteinlage und Überweisung an sich selbst zusteht, vgl. FRITZE, 974 f. Ihm gem., vgl. 977, 2.Sp., hat der pfändende Gläubiger die stärkere Stellung.

⁵⁶ Vgl. Art. 603 I aOR, sowie VON STEIGER, 539; BGE 29 II 665; unzutreffend in diesem Punkt HGer.ZH in ZR 2(1903)225.

⁵⁷ Vgl. zur Begründung nachst. IX 1.1.

einmal dann, wenn er – innerhalb der Verjährungsfrist⁵⁸ auch nach seinem Ausscheiden – in Konkurs gefallen oder wenn die Gesellschaft erfolglos betrieben worden ist (Art. 568 III OR).⁵⁹ Aber, für beide Gesellschafterkategorien, auch dann, wenn die Gesellschaft durch Konkurs oder einen sonstigen Grund⁶⁰ aufgelöst wurde. Denn die Belangbarkeit beginnt unmittelbar mit Eintreten des Auflösungsgrundes. Der Gesellschaftsgläubiger⁶¹ braucht die endgültige Abwicklung der Liquidation bzw. des Konkurses,⁶² wie in vielen Entscheiden bestätigt wurde⁶³ und auch aus dem Gesetzestext⁶⁴ klar hervorgeht, nicht abzuwarten. Vielmehr kann er ab Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft wahlweise, sei es gegen die – bis zur Vollendung der Liquidation oder des Konkurses weiterbestehende – Gesellschaft, sei es gegen den belangbar gewordenen Gesellschafter vorgehen: gegenüber einem Komplementär im Umfange seiner ganzen Forderung, gegenüber einem Kommanditär – vereinfacht ausgedrückt – im Umfange der noch nicht in Form der Einlage eingeworfenen Kommanditsumme.⁶⁵ Aus dem Geschilderten ergibt sich, dass die Haftung des Komplementärs und auch des Kommanditärs nach schweizerischem Recht nicht etwa eine reine Ersatz- oder Ausfallhaftung⁶⁶ beinhaltet, wie allenfalls die Haftung des Gesellschafters bei der Genossenschaft.⁶⁷

Die gewisse Selbständigkeit der innerlich zwar voneinander abhängigen Haftungen zeigt sich auch in anderen Zusammenhängen. So kann die per-

⁵⁸ Art. 591 ff., dazu nachst. VII 2.1.2.

⁵⁹ Vgl. dazu VON STEIGER, 538/39.

⁶⁰ Vgl. Art. 545 OR. Zur berechtigten Kritik der Belangbarkeit des Gesellschafters neben einer solventen Gesellschaft vgl. GUHL/MERZ KUMMER, 581, VON WYSS, 67 ff.

⁶¹ Bzw. die Konkursverwaltung oder die Liquidatoren, dazu nachst. IX 2.1.

⁶² Vorbehalten der Fall des gleichzeitigen Konkurses von Gesellschaft und Gesellschafter, Art. 218 I SchKG, i.d.R. nur aktuell für den Komplementär.

⁶³ Vgl. statt vieler BGE 100 II 379.

⁶⁴ Art. 568 III, Art. 574, Art. 582, Art. 610 I OR.

⁶⁵ Soweit der Kommanditär beschränkt haftet, kann jedoch der Gläubiger nicht Leistung an sich, sondern nur in die Liquidation- oder Konkursmasse verlangen. Zur Geltendmachung der Haftung im einzelnen vgl. nachst. IX.

⁶⁶ Gleich HULCK, 115, für das deutsche Recht. Unzutreffend VON WYSS, 54, (s. aber demgegenüber S.73), sowie Berichterstatter SCHERER, StenBullNR 1934/232: Der Kollektivgesellschaftler hatte subsidiär, «d.h. wenn die Gesellschaft aufgelöst und der Gläubiger für seine Forderung nicht befriedigt wird». In dieser vollständigen Form, (Belangung erst nach durchgeführter Vollstreckung) kennt soweit ersichtlich nur das ital. Recht das Prinzip der Subsidiarität, vgl. VON STEIGER, 548, unter Verweis auf art.2304 CCit. Im Wortlaut: «I creditori sociali, anche se la società in liquidazione, non possono pretendere il pagamento dai singoli soci, se non dopo l'esecuzione del patrimonio sociale.»

⁶⁷ Sofern eine persönliche Haftung überhaupt eingeführt worden war, Art. 869 I und II, Art. 870 I OR.

sönliche Haftung des Gesellschafters bzw. Kommanditärs die Gesellschaftshaftung überdauern, nämlich dann, wenn das Gesellschaftsvermögen im Rahmen der Liquidation bzw. des Konkurses zwar verteilt, die Gläubiger aber leer ausgegangen sind. Umgekehrt kann die Haftung der Gesellschafter wegen Verjährung zu Ende sein, während noch unverteilttes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist.⁶⁸

Das Prinzip der Subsidiarität bedeutet letztlich – auf der Ebene der Geltendmachung – die Einführung einer *Einrede*, ähnlich der Einrede der Vorklage bei der einfachen Bürgschaft. Der Kommanditär kann entsprechend, wie jeder Komplementär oder Kollektivgesellschafter, den oder einzelnen Gläubigern gegenüber auf die Beachtung der Subsidiarität, d.h. auf die Einrede, dass er während der Dauer der (aktiven) Gesellschaft nicht belangbar sei, verzichten.⁶⁹ Gleich wie ein Verzicht wirkt die Eingehung einer Solidarbürgschaft durch den Kommanditär.⁷⁰ Unter Umständen kann eine an Formmangel leidende Solidarbürgschaft in einen Verzicht auf die Subsidiarität konvertiert werden.⁷¹ Hat der Kommanditär unter Verzicht auf die Subsidiarität, d.h. letztlich freiwillig, Gesellschaftsschulden bezahlt, tritt eine – in der Regel entsprechende – Befreiung von seiner Haftung ein;⁷² anders hingegen, falls er die Leistung aufgrund einer Bürgschaft erbracht hatte,⁷³ sowie unter Umständen,⁷⁴ falls der Kommanditär für die betreffende Schuld ausnahmsweise unbeschränkt haftete.

⁶⁸ Vgl. SIEGWART, N.2 zu Art. 568/69 OR, ähnlich HARTMANN, N.6 zu Art. 568 OR.

⁶⁹ Vgl. HARTMANN, N.2 zu Art. 610 OR, SIEGWART, N.5 und N.13 zu Art. 568/69 OR, GUHL/MERZ/KUMMER, 581, von Wyss, 38 f.; BGE 45 II 303.

⁷⁰ Früher umstritten, heute klar möglich gem. Art. 568 III OR, vgl. nachst. § 13.

⁷¹ So SIEGWART, N.5 zu Art. 568/69 OR, vgl. ebenfalls nachst. § 13, II.

⁷² Zu den notwendigen Präzisierungen vgl. nachst. VIII 3.2.

⁷³ Vgl. SIEGWART, N.1 zu Art. 610/12 OR, sowie nachst. § 13, III.

⁷⁴ Entgegen SIEGWART, N.49 zu Art. 610/12 OR nicht in jedem Falle; zu den notwendigen Differenzierungen vgl. nachst. VIII 3.2 und § 12, III.

2. Persönliche Natur der Haftung

Auch die Haftung des Kommanditärs ist grundsätzlich eine persönliche Haftung.⁷⁵

Seine Haftung ist nicht etwa gegenständlich beschränkt wie z.B. die Sondergutshaftung der Ehefrau,⁷⁶ sondern ausschliesslich umfangmässig. Wie bereits erwähnt, unterliegt der Kommanditär anders gewendet einer summenmässig beschränkten *Gesamthaftung*.⁷⁷ Der Gesellschaftsgläubiger bzw. die Konkursverwaltung oder die Liquidatoren können sich also grundsätzlich – soweit die Belangbarkeitsvoraussetzungen gegeben sind – an das gesamte Privatvermögen⁷⁸ des Kommanditärs halten und in jeden beliebigen Teil desselben vollstrecken.

Die persönliche Haftung ist in gewisser Hinsicht zwingend,⁷⁹ d.h. sie kann den Gläubigern gegenüber⁸⁰ weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch andere Vereinbarungen unter den Gesellschaftern ausgeschlossen werden. Dem einzelnen Gläubiger hingegen steht es frei, durch Vertrag mit der Gesellschaft oder mit einzelnen Gesellschaftern, also auch mit dem Kommanditär, auf die persönliche Inanspruchnahme zu verzichten.⁸¹ Der vollständige Verzicht hat eine Entlassung des Kommanditärs aus der Haftung, eine sogenannte «Enthaftung» zur Folge,⁸² welche vor allem eine Rolle beim Ausscheiden des Gesellschafters spielt und daher im entsprechenden Zusammenhang⁸³ vertieft behandelt wird. Ein teilweiser Verzicht könnte demgegenüber in einer gegenständlich beschränkten Haf-

⁷⁵ Vgl. z.B. VON STIEGER, 631, HARTMANN, N.4 zu Art. 608 OR, BISCHOFF, 11 f.; so ausdrücklich § 128 HGB, s.a. WIELAND, 757, RIEGGER, 1284, 2.Sp. Die Unterscheidung Kommanditist – persönlich haftender Gesellschafter (für Komplementär) ist daher wenig sinnvoll, vgl. etwa bei BOHNENBERG, Anm. I zu § 161 HGB, SCHILLING, z.B. Anm. 7 zu § 168 HGB, insbes. auch SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 3 zu § 171 HGB: «Die Haftung des Kommanditisten ist daher ebenso wie die des *persönlich haftenden Gesellschafters eine persönliche*.» [Hervorhebung durch die Verf.]

⁷⁶ Nach vorläufig noch geltendem Recht; s.a. WIELAND, 758 inkl. Anm. 4, HUECK, 144, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 2 zu § 171 HGB.

⁷⁷ Vgl. vorst. II.

⁷⁸ Vgl. in diesem Sinne Art. 568 I OR.

⁷⁹ Vgl. Art. 568 II OR, HARTMANN, N.3 zu Art. 568 OR.

⁸⁰ Die interne Verlusttragungsregelung – nicht Haftung, entgegen GUHL/MERZ/KUMMER, 580 – abweichend zu gestalten, bleibt dem Gesellschafter selbstverständlich unbenommen, s.a. HARTMANN, N.3 zu Art. 568 OR, vgl. auch den Text von Art. 568 II OR.

⁸¹ Vgl. HARTMANN, N.4 zu Art. 568 OR, BECKER, N.9 zu Art. 544 OR, HUECK, 115, REICHEL, gewillkürte Haftungsbeschränkung, 213.

⁸² D.h. es entfällt gegenüber dem betreffenden Gläubiger auch die Solidarität und Subsidiarität der Haftung.

⁸³ Vgl. nachst. VII 2.1.3.

tung bestehen. Hiebei blieben Subsidiarität und Solidarität der Haftung bewahrt.

3. Solidarität der Haftung

Der Grundsatz, dass die Gesellschafter der KG untereinander den Gesellschaftsgläubigern⁸⁴ gegenüber – darin inbegriffen Gesellschafter als Drittgläubiger⁸⁵ – solidarisch⁸⁶ haften,⁸⁷ ergibt sich ebenfalls aus Art. 568 I OR. Er bedeutet, dass der Gesellschaftsgläubiger grundsätzlich sämtliche oder auch nur einzelne Gesellschafter belangen kann, für die ganze Gesellschaftsschuld oder auch nur teilweise, wobei die Befriedigung des Gläubigers durch einen (oder mehrere) Gesellschafter auch die übrigen befreit.⁸⁸ Aus der selbständigen Geltung der Grundsätze der KollG für die KG auch auf dem Gebiete des Aussenverhältnisses – unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen –⁸⁹ folgt, dass der Grundsatz auch auf den Kommanditär anwendbar ist und damit seine Haftung im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern charakterisiert.⁹⁰

⁸⁴ Für Regressansprüche der Gesellschafter gegeneinander hingegen gilt die interne Verlustaufteilung. So z.B. SIEGWART, N.41 zu Art. 568/69 OR, HARTMANN, N.33 zu Art. 568/69 OR, VON STEIGER, 536, WIELAND, 639; BGE 103 II 137. Für den Kommanditär ausdrücklich noch SIEGWART, N.55 zu Art. 610/12 OR.

⁸⁵ Z.B. gilt betr. Auszahlung der Abfindungssumme als obligationenrechtlichem Anspruch daher Solidarität der übrigen, fortsetzenden Gesellschafter – vgl. nachst. VII 2.1.2, s.a. VON STEIGER, 536, WIELAND, 639, VON WYSS, 27 ff., HARTMANN, N.4 zu Art. 580 OR, vgl. demgegenüber aber N.33 zu Art. 568 OR (zu dieser Stelle vgl. auch § 10, Fn.56 und 57).

⁸⁶ Gemäss HARTMANN, N.3 zu Art. 608 OR, ist die Solidarität in der Haftung Ausfluss des Gesamthandprinzips. – Genau betrachtet ist es eher eine Abweichung davon, indem die Schulden der Gesellschaft nach geltendem Recht keine Gesamthandschulden der Gesellschafter sind. Die Gesellschafter haften «nur» solidarisch, vgl. VON STEIGER, 443, 383.

⁸⁷ Und zwar für alle Schulden, unabhängig von der Mitwirkung bei der Entstehung, vgl. vorst. III, so auch SIEGWART, N.19 zu Art. 568/69, N.6 zu Art. 610/12 OR.

⁸⁸ So VON STEIGER, 542; Art. 144 sowie Art. 147 OR.

⁸⁹ Vgl. HARTMANN, N.1 zu Art. 602 OR.

⁹⁰ Vgl. statt vieler VON STEIGER, 631, HARTMANN, N.3 zu Art. 608 OR, für das deutsche Recht Hueck, 144 i.V. mit 120: Gesellschafter untereinander seien «Gesamtschuldner», d.h. Solidarschuldner nach schweizerischer Terminologie.

Keine Solidarität der Haftung besteht hingegen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern.⁹¹ Für die Begründung dieser Ansicht wird auf das Prinzip der Subsidiarität verwiesen.⁹² Diese Begründung ist m.E. schlüssig für Rechtsordnungen, die das Prinzip der Subsidiarität schrankenlos durchgeführt haben.⁹³ Umgekehrt erstaunt eigentlich, dass auch die deutsche Lehre – welche gemäss Gesetz keinerlei Subsidiarität der Haftung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter kennt – die Solidarität der Haftung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter weitgehend verneint.⁹⁴ Für das OR, das nicht unwesentliche Durchbrechungen des Prinzips kennt⁹⁵ – d.h. unter Umständen ein wahlweises Vorgehen gegen Gesellschaft *oder* Gesellschafter für den ganzen Forderungsbetrag (bzw. im Umfang des noch nicht erstatteten Haftungsbetrages) erlaubt – ist die Begründung m.E. zu wenig stichhaltig. Es müsste wohl eher (oder zumindest zusätzlich) darauf verwiesen werden, dass Gesellschaft und Gesellschafter⁹⁶ nicht für dieselbe (identische) Schuld einstehen müssen sowie, dass allenfalls wohl ein Rückgriffsrecht des belangten und zahlenden Gesellschafters auf die Gesellschaft, nicht aber ein solches von der Gesellschaft auf den Gesellschafter denkbar ist – letzteres allerdings aufgrund der Subsidiarität.

Solidarität der Haftung des Kommanditärs bedeutet negativ definiert insbesondere, dass seine Haftung nicht etwa auf eine Quote jeder einzelnen Schuld beschränkt ist.⁹⁷ Beschränkt ist ausschliesslich der Gesamthaftungsbetrag und zwar auf den Umfang der publizierten oder sonst kundgegebenen Kommanditsumme,⁹⁸ mit den entsprechenden Folgen bei Konkurs und Liquidation.⁹⁹

Gerade wegen dieser Besonderheiten im Ausmass und bei der Geltendmachung verschafft die solidare Haftung des Kommanditärs allerdings

⁹¹ Vgl. VON STEIGER, 542, so auch HARTMANN, N.14 zu Art. 568 OR, vermutlich SIEGWART, N.19 zu Art. 568/69 OR, VON WYSS, 26; anders GUHL/MERZ/KUMMER, 581, STIFFLER, 81; wie hier WIELAND, 637, Anm. 4, 757, Anm. 3, KLAUSS/MITTELBACH, 172, Anm. 284, BOHNENBERG, Anm. IV zu § 128 HGB, HUECK, 120, unter Hinweis auf die herrschende, aber nicht unumstrittene Meinung für das deutsche Recht; gegen «Gesamtschuldernschaft» gem. SCHNEIDER/SCHNEIDER, 62, der BGH.

⁹² So VON STEIGER, 542; Vgl. dazu vorst. Ziff. 1.

⁹³ Wie offenbar das italienische Recht, vgl. Fn.66 vorst.

⁹⁴ Vgl. vorst. Fn.91.

⁹⁵ Vgl. vorst. Ziff. 1.

⁹⁶ Gemäss hier vertretener Auffassung der Interessenschaft – vgl. vorst. IV.

⁹⁷ Vgl. SIEGWART, N.8 zu Art. 610/12 OR, BISCHOFF, 11; vgl. aber zur teilweisen Wegbedingung der Solidarität nachst. im Text.

⁹⁸ Vgl. dazu nachst. VI 2.

⁹⁹ Vgl. nachst. IX.

den Gläubigern nicht die gleichen Vorteile bei der Rechtsverfolgung wie die solidare Haftung des einfachen Gesellschafters, Kollektivgesellschafters oder Komplementärs.¹⁰⁰ Denn je nach dem Grössenverhältnis von Gläubigerforderung und Kommanditsumme kann die Gläubigerforderung eventuell nicht gedeckt werden, ganz abgesehen davon, dass der einzelne Gesellschaftsgläubiger – soweit er überhaupt zur Geltendmachung legitimiert ist – nicht Leistung an sich und damit für sich allein, sondern nur Leistung an die Konkurs- oder Liquidationsmasse und damit für alle Gläubiger verlangen kann.¹⁰¹ Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Gesellschaftsgläubiger überhaupt keinen weiteren Anspruch gegen den Kommanditär durchsetzen kann, falls dieser einen der Kommanditsumme entsprechenden Betrag bereits in das Gesellschaftsvermögen geleistet hat Art. 610 II OR).¹⁰²

Auch die Solidariät der Haftung ist – gleich wie deren persönliche Natur¹⁰³ – in dem Sinne zwingend,¹⁰⁴ dass sie nicht durch Vereinbarungen unter den Gesellschaftern selbst,¹⁰⁵ sondern nur durch Vereinbarungen¹⁰⁶ mit einzelnen Gläubigern wegbedungen werden kann.¹⁰⁷ Bei gänzlicher Wegbedingung entfielen die Haftung des Kommanditärs in Bezug auf den oder die betreffenden Gläubiger vollständig, d.h. also auch im Sinne der subsidiären und persönlichen Haftung. Die Vereinbarung käme diesfalls wiederum einer Enthftung¹⁰⁸ gleich. Bei teilweiser Wegbedingung wäre eine Beschränkung auf eine Quote der betreffenden Gesellschaftsschuld denkbar – unter Beibehaltung der übrigen Charakteristika der Haftung.

In Bezug auf die internen Wirkungen der Solidarität gelten grundsätzlich die Regeln der Art. 143/149 OR.¹⁰⁹ Entsprechend hat der Gesellschafter bzw. der Kommanditär, der während der Dauer der Gesellschaft

¹⁰⁰ S.a. VON STEIGER, 383 und 443.

¹⁰¹ Vgl. nachst. IX 2.2.

¹⁰² Vgl. nachst. VIII 2 und 3.

¹⁰³ Vgl. vorst. Ziff. 2.

¹⁰⁴ Vgl. HARTMANN, N.3 zu Art. 568 OR.

¹⁰⁵ Diese können nur die interne Verlusttragungspflicht regeln (vgl. vorst. § 9, IV 1) und damit allfällige Regressrechte untereinander beeinflussen, s.a. HARTMANN, N.3 zu Art. 568 OR.

¹⁰⁶ Nicht durch blosser Bekanntgabe oder entsprechende Vorbehalte, unzutreffend m.E. SIEGWART, N.19 zu Art. 568/69 OR, widersprüchlich BECKER, N.9 zu Art. 544 OR.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 568 I und II OR; VON STEIGER, 534, HARTMANN, N.3 und N.14 (unvollständig N.4) zu Art. 568 OR; WIELAND, 520, Anm. 22, REICHEL, 213; entsprechend Art. 544 III OR für die einfache Gesellschaft, dazu VON STEIGER, 383/84, BECKER, N.9 zu Art. 544 OR.

¹⁰⁸ Vgl. dazu vorst. Ziff. 2, nachst. VII 2.1.3.

¹⁰⁹ Vgl. VON STEIGER, 383, 443, 636, HARTMANN, N.14 zu Art. 568 OR.

eine Gesellschaftsschuld freiwillig beglichen hat, grundsätzlich einen Regressanspruch gegenüber seinen Mitgesellschaftern. Gemäss Art. 148 I OR sind die Regeln des besonderen Rechtsverhältnisses und damit letztlich wiederum die vertraglichen oder richterlichen Verlusttragsregeln massgebend. Entsprechend muss der Regress ausübende Gesellschafter, auch der Kommanditär, den auf ihn entfallenden Verlustanteil in Abzug bringen.¹¹⁰ Ein Regressanspruch des Kommanditärs ist auch denkbar, wenn er im Rahmen der Liquidation oder des Konkurses auf Einwerfung eines der Kommanditsumme entsprechenden Betrages belangt wurde,¹¹¹ die interne Verlusttragungspflicht aber völlig wegbedungen,¹¹² oder wenn die Kommanditeinlage niedriger als die Kommanditsumme vereinbart war.¹¹³ Damit ein Regressanspruch gegenüber den Mitgesellschaftern aber überhaupt ausgeübt werden kann, müssen diese belangbar sein (Art. 568 III OR).¹¹⁴ Vor Auflösung der Gesellschaft ist daher in der Regel die Möglichkeit der Regressnahme gegenüber der Gesellschaft interessanter, vor allem weil sie grundsätzlich im vollen Umfange ausgeübt werden kann.¹¹⁵ Auch dieses Regressrecht steht dem Kommanditär grundsätzlich zu, soweit er vorgängig freiwillig Gesellschaftsschulden bezahlt hatte.¹¹⁶

Denn das Gesellschaftsvermögen, soweit überhaupt vorhanden, haftet wie dargelegt¹¹⁷ primär für Gesellschaftsschulden. Seltener wird ein Rückgriff auf die Gesellschaft sein, wenn der Kommanditär belangt worden war, da dies Auflösung der Gesellschaft voraussetzt.¹¹⁸ Ein Regressrecht gegen die liquidierende oder im Konkurs befindliche Gesellschaft aber wird für den Kommanditär – im Gegensatz zum Komplementär¹¹⁹ –

¹¹⁰ Vgl. VON STEIGER, 543, SIEGWART, N.40 und N.41 zu Art. 568, N.55 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.33 zu Art. 568, N.33 und N.34 zu Art. 610 OR.

¹¹¹ Eine direkte Belangung des Kommanditärs durch den Gesellschaftsgläubiger für seine Forderung ist ausgeschlossen, vgl. Art. 610 II OR. Dazu vorst. bei Fn.101, sowie ausführlich nachst. IX 2.2.

¹¹² Umfassend oder nur die definitive, vgl. vorst. § 9, IV 1. S.a. SIEGWART, N.55 zu Art. 610/12 OR, teilweise HARTMANN, N.33 zu Art. 610 OR.

¹¹³ Die gesetzliche (dispositive) Beschränkung der definitiven Verlusttragungspflicht bezieht sich nach hier vertretener Auffassung auf die Kommanditeinlage, nicht auf die Kommanditsumme, vgl. dazu vorst. § 10, II 1.

¹¹⁴ Vgl. dazu nachst. IX 1.

¹¹⁵ Vgl. VON STEIGER, 543, SIEGWART, N.38 zu Art. 568/69 OR, HARTMANN, N.32 zu Art. 568 OR, unzutreffend m.E. allerdings der Vorbehalt der «Verlustbeteiligung». Dieser spielt m.E. nur beim Regress gegenüber Mitgesellschaftern eine Rolle.

¹¹⁶ Vgl. SIEGWART, N.54 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.34 zu Art. 610 OR.

¹¹⁷ Vgl. vorst. Ziff. 1.

¹¹⁸ Art. 610 I OR, dazu noch nachst. IX 1.

¹¹⁹ Vgl. SIEGWART, N.38 und N.39 zu Art. 568/69 OR: Bei teilweiser Zahlung gilt im

wegen der spezifischen Ausgestaltung seiner Haftung an sich sowie deren Geltendmachung nur vorkommen, wenn er von den Liquidatoren – oder von der Konkursverwaltung – bzw. seine Konkursmasse von den Geschäftsführern der Gesellschaft¹²⁰ über das zur Schuldentilgung notwendige Mass in Anspruch genommen worden war.

4. Akzessorietät der Haftung

Die Haftung des Gesellschafters, auch des Kommanditärs, steht in einem bestimmten Abhängigkeitsverhältnis von der Gesellschaftsschuld.¹²¹ Sie weist, obwohl sie ab und zu als «bürgschaftsähnliche» Erscheinung bezeichnet wird,¹²² mannigfaltige Abweichungen von dieser auf, insbesondere betreffend Entstehung, Art der Haftung, Auswirkungen und Geltendmachung.¹²³ Wesentlich ist, dass die Gesellschafterhaftung nur so weit reicht, wie die Gesellschaftsschuld selbst.¹²⁴ Diese Tatsache hat ihre Auswirkungen auf die dem Gesellschafter – neben den persönlichen¹²⁵ – zustehenden Einreden im Falle seiner Belangung durch Gesellschaftsgläubiger. Er kann (und muss) diese Einreden geltend machen.¹²⁶ Umgekehrt

Konkursfälle Art. 217 SchKG, HARTMANN, N.32 zu Art. 568 OR ausdrücklich für den Konkursfall, VON STEIGER, 543 – ohne ausdrückliche Erwähnung des Konkursfalles.

¹²⁰ So SIEGWART, N.54 zu Art. 610/12 OR.

¹²¹ Vgl. auch SIMON, 8 ff., 12.

¹²² Vgl. WIELAND, 631, FICK, N.4 zu Art. 590 aOR, s.a. VON STEIGER, 538, VON WYSS, § 5.

¹²³ Vgl. dazu VON STEIGER, 543/44 mit Zitaten in N.37, VON WYSS, § 6, insbes. 59 ff., 62. – S.a. nachst. § 13, III.

¹²⁴ Dies übersieht m.E. PATRY, Précis, 350. – Insbes. wirkt sich die Akzessorietät im Stadium der Liquidation aus, vgl. VON WYSS, 70. Daher die Beachtlichkeit eines Nachlassvertrags der Gesellschaft (nicht eines Gesellschafters, vgl. SIEGWART, N.24 zu Art. 568/ 69 OR, indirekt BGE 53 II 497) gegenüber dem Gesellschafter, auch dem Kommanditär. Betreffend Kollektivgesellschaftler (und Komplementär) vgl. SIEGWART, N.24 zu Art. 568/69 OR, HARTMANN, N.14 zu Art. 570 OR, VON STEIGER, 544, MANGOLD, 60 ff., VON WYSS, 91 ff.; sowie statt vieler BGE 32 II 478, 59 III 109, neuerdings 109 III 128 (mit Zitaten), SJZ 17(1920/21)287 (55); anders noch OGer.TG in SJZ 8(1911/12)71.– Betreffend Kommanditär: SIEGWART, N.6 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.9 zu Art. 610 OR, VON STEIGER, 638, i.V. mit 544, s.a. 547, SIMON, 11; ZR 27(1928)55, BGer. in SJZ 4(1907/8)22 (65) für die «Gesellschafter» einer KG, BGE 53 II 497: i.d.R. wird die Kommanditsumme – wie in casu – zuvor eingefordert worden sein, vgl. auch HARTMANN, N.10 zu Art. 610 OR. – Keine Entlastung für den Kommanditär als Bürgen, vgl. nachst. § 13, III, bei Fn.34.

¹²⁵ Zu den besonderen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit den persönlichen Einreden des Kommanditärs vgl. nachst. IX 2.4.3.

¹²⁶ Vgl. dazu nachst. IX 2.4.1, s.a. SIEGWART, N.23 zu Art. 568 OR, HARTMANN, N.29 f. zu Art. 568 OR.

darf er dies aber doch nur soweit, als sie von der Gesellschaft überhaupt erhoben werden könnten.¹²⁷ Ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung durch die Gesellschaft z.B. wirkt also auch zulasten des Kommanditärs.

¹²⁷ So deutlich § 129 I HGB.

VI. Ausmass der Haftung in materieller¹ Hinsicht

1. Beschränkung auf die Kommanditsumme

«Der Kommanditär haftet Dritten gegenüber mit der im Handelsregister eingetragenen Kommanditsumme». (Art. 609 I OR) Diese Beschränkung im Ausmass stellt das eigentliche und, vor allem im Vergleich mit dem Komplementär auch einzige² spezifische Merkmal der (im übrigen wie dargelegt subsidiären, persönlichen und solidarischen) Kommanditärhaftung dar.

Die Beschränkung ist wie ersichtlich eine summenmässige, nicht etwa eine gegenständliche.³

Begrenzt wird die Haftung durch die eingetragene Kommanditsumme.⁴ Der Begriff der Kommanditsumme wird hier vom Gesetz – ausnahmsweise⁵ – richtig verwendet, nämlich im Sinne der *Haftsumme*.⁶

In der Festlegung dieser, notwendigerweise in Geld und zwar in Schweizer Währung⁷ ausgedrückten Summe⁸ liegt also die einzige und ausschliessliche «Sicherung» der Gesellschaftsgläubiger in Bezug auf den Kommanditär.⁹ Dies jedoch nicht in dem Sinne, dass die entsprechende «Summe» im Rahmen des Gesellschaftsvermögens vorhanden, greifbar sein müsste, ähnlich dem Grundkapital der AG bzw. dem Anteil des Ak-

¹ «materiell» steht hier im Gegensatz zu «zeitlich», vgl. VII nachst.

² Vgl. vorst. II und V.

³ Vgl. auch vorst. II.

⁴ Nicht etwa durch den Kapitalanteil (zu diesem Begriff vgl. vorst. § 1, III 3), entgegen PEDRAZZINI, Entscheide, 91; auch nicht auf die Kommanditeinlage, unpräzis CHRIST, 41, SPEISER, 337, welcher diese «Publizität der Kommanditeinlage» (im internen Sinn) lobt und sie auch für die Kapitaleinlagen der Kollektivgesellschaftler empfiehlt! – Vgl. dazu die interessante Abstufung der Haftungen innerhalb der verschiedenen Personengesellschaften bei REICHWEIN, 360, 1.Sp.

⁵ Vgl. zum bedauerlichen Entscheid der ExpKomm., den Begriff durchgehend zu verwenden § 1, II vorst.

⁶ So im vorliegenden Zusammenhang auch ausdrücklich HARTMANN, N.11 zu Art. 608 OR.

⁷ Vgl. HARTMANN, N.5 zu Art. 595 OR, His, N.25 zu Art. 932 OR, SIEGWART, N.4 zu Art. 596/97 OR, RAUCH, 46; ZBJV 58(1922)283.

⁸ Bei mehreren Kommanditären ist sie pro Kommanditär je einzeln einzutragen, vgl. Art. 596 II Ziff. 2 OR. Die Haftung mehrerer Kommanditäre besteht völlig unabhängig voneinander, so ausdrücklich SIMON, 32, zu diesen Fragen ausführlich BISCHOFF, 40 ff.

⁹ Die hauptsächliche gesetzliche Sicherung liegt – wie mehrfach erwähnt – in der unbeschränkten Haftung der Komplementäre, vgl. auch WIEDEMANN, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, 1038.

tionärs daran.¹⁰ Die Sicherheit liegt auch nicht in der als Beitrag unter Umständen – aber keineswegs zwingend¹¹ – ins Gesellschaftsvermögen geleisteten ursprünglichen Kapitaleinlage.¹² Die Einlage des Kommanditärs ist nicht wie die Einlage des Aktionärs zugleich *Haft*einlage. Denn das Recht der Personengesellschaften trennt die Interna, die den Gläubiger nichts angehen, auf die er auch keinen Einfluss nehmen kann, scharf von den Externa der Gesellschaft. Entsprechend kennt es keine Kapitalaufbringungspflicht und auch keine Kapitalerhaltungspflicht im Interesse der Gläubiger.¹³ Der Kommanditär aber *ist* Personengesellschafter. Die Eintragung seines maximalen Haftumfanges im Handelsregister dient nur der Einschränkung seiner im übrigen in jeder Hinsicht dem Kollektivgesellschaftler und Komplementär nachgebildeten Haftung.

Die in der Kommanditsumme ausgedrückte Sicherung der Gläubiger ist darüber hinaus insofern nur relativ, als der Kommanditär, wenn und soweit er eine der Kommanditsumme entsprechende Einlage¹⁴ ins Gesellschaftsvermögen geleistet und nicht zurückerstattet erhalten hat, von der Haftung befreit ist.¹⁵ Diese Lösung ist grundsätzlich dadurch gerechtfertigt, dass der Kommanditär dem Zugriff der Gläubiger primär mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen unterliegt.¹⁶ Die Befreiung von der Haftung bewirkt eine geleistete und nicht zurückerstattete Einlage zudem auch dann, wenn sie im Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft durch Geschäftsverluste¹⁷ vermindert oder sogar aufgezehrt war.¹⁸ Der Gläubiger hat keinerlei Anspruch darauf, über die Verluste und damit über den Stand der Einlage – beides Interna der Gesellschaft – laufend ori-

¹⁰ Vgl. z.B. vorst. § 1, III 1 und 2. – Zutreffend führt daher WILDEMANN, a.a.O., aus, dass die persönliche Kommanditistenhaftung «nicht die Funktion der allgemeinen Gläubigersicherung» habe.

¹¹ Entgegen SPEISER, 33f., KAUFMANN, 65. – Übernahme der Haftung als Beitrag genügt z.B., auch die Erfüllungsmodalitäten der Beitragspflicht stehen im Belieben der Gesellschaftler. Im übrigen kann die Kommanditeinlage umfangsmässig o.w. von der Kommanditsumme abweichen, vgl. vorst. § 1, III und V.

¹² Enthalten im Kapitalanteil des Kommanditärs, s. vorst. § 1, III 3, vgl. WIELAND, 739, 744.

¹³ Nur eine gewisse, rein interne «Kapitalerhaltungspflicht», vgl. vorst. § 2, V 1.3.1 und 1.3.2, § 3, IV 1.3, § 1, III und IV. Unzutreffend SPEISER, 33f.; wie hier, z.B. WEHPERT, 276, 2.Sp.

¹⁴ Im weiten Sinne, vgl. dazu vorst. § 1, III 3, nachst. VIII 2 und 3.1.

¹⁵ Vgl. Art. 610 II OR, dazu nachst. VIII.

¹⁶ Diese Haftung ist unbeschränkt (Kritik an diesem Terminus bei SIMON, 60, N.26); sie umfasst sogar überschüssend geleistete Einlagen, vgl. vorst. V 1, § 6, IV.

¹⁷ Oder Wertverminderungen – bei Sacheinlagen, dazu vorst. § 1, IV 2.

¹⁸ Vgl. HARTMANN, N 2 zu Art. 609 OR, HOFFMANN, Ber. II, 23, vgl. nachst. VIII 1, 4.2.2 (samt Rechnungsbeispielen).

entiert zu werden.¹⁹ Dass die Kommanditsumme also den Gesellschaftsgläubigern eine «gewisse unveränderliche Sicherheit ähnlich dem Grundkapital der AG» zu bieten habe,²⁰ kann daher schwerlich behauptet werden.

Die Eintragung der Kommanditsumme im Handelsregister bedeutet somit positiv gewendet für die Gläubiger lediglich ein Versprechen des Kommanditärs, wonach er irgendwann, spätestens jedoch im Falle seiner Belangbarkeit, d.h. nach Auflösung der Gesellschaft,²¹ einen der Kommanditsumme entsprechenden Betrag in Form der Einlage an das Gesellschaftsvermögen leisten werde.

2. Massgebende Höhe der Kommanditsumme

Die Höhe der Kommanditsumme ist im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen – gleich wie die Höhe der Kommanditeinlage – und bei der Anmeldung ins Handelsregister anzugeben (Art. 596 II Ziff. 2 OR).

In den Beratungen zur Revision des OR wurde die Fixierung eines *Mindestbetrags* der Kommanditsumme²² diskutiert, die Idee aber schliesslich wieder fallengelassen.²³ Der vorsichtige Geschäftsmann beschränke sich in seinen Informationen einerseits nicht nur auf das Handelsregister allein; andererseits könnten auch kleine «Kommanditen» durchaus unanfechtbar und berechtigt sein. Insbesondere werde so die Entstehung von Kleinkommanditgesellschaften, z.B. unter Eheleuten, ermöglicht.²⁴ Dass die

¹⁹ Einen entsprechenden Antrag hatte eine Handelskammer im Rahmen der Revision zwar gestellt, doch wurde er von Hoffmann, a.a.O., zu Recht scharf abgelehnt mit dem Vorwurf, er verkenne den Charakter der KG und insbes. die Bedeutung der Kommanditsumme völlig; vgl. dazu bereits vorst. § 1, IV 2.1.

²⁰ So GUHL/MERZ/KUMMER, 6. A., 557, abgeschwächt in 7. A., 594, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.28a, HARTMANN, N.4a zu Art. 608, N.2 zu Art. 611 OR, RAUCH, 46, SPEISER, 330; bei diesem Autor besonders deutlich Folge seiner als zwingend, im Interesse der Gläubiger aufgefassten Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungspflicht des Kommanditärs, vgl. auch S.331/2, 333.

²¹ Im einzelnen dazu nachst. IX 1.

²² Sog. «Mindestkommandite» – bei HOFFMANN, Ber.II, 20, ProtExpKomm, 113 ff., allerdings fälschlicherweise noch «Mindestkommanditeinlage» genannt. Bezeichnend wiederum die Grundidee, vgl. S.114, der KG ein, teilweise fixes internes Grundkapital ähnlich der AG zu verschaffen!

²³ Vgl. Ber.II, 20, ProtExpKomm, 113, StenBullStR 1931/161; vgl. auch die neu eingeführte Regelung betreffend Angabe und Eintragung von Sacheinlagen, vorst. § 1, IV 2.1.

²⁴ Vgl. GUHL, Ergebnisse der Beratungen, 100 f. So auch HARTMANN, N.8 und 32 zu Art. 594, N.6 zu Art. 596 OR; zur Ehegatten-KG s.a. RICHARD, 37 f.

Ehefrau mit der Geltendmachung ihrer güterrechtlichen Ansprüche, wie jeder Privatgläubiger, zufolge des Sonderkonkurses der Gesellschaft ausgeschlossen sei (Art. 613 OR), brauche nicht anfechtbar zu sein, geschehe es doch in aller Offenheit und mit der erforderlichen Publizität.²⁵ Die Weglassung einer Mindestkommanditsumme ist m.E. zu Recht erfolgt und sinnvoll. Vor allem hätte dem unterschwellig angestrebten Ziel, nämlich den Kommanditär zu einem Aktionär zu machen – mit einer der publizierten Kommanditsumme entsprechenden, in das Gesellschaftsvermögen fix geleisteten Kommanditeinlage – von vornherein jeder Erfolg versagt bleiben müssen.

Für den Gesellschaftsgläubiger ist der Eintrag im Handelsregister massgebend (Art. 608 I OR).²⁶ Soweit er die Haftung beschränkt,²⁷ ist er *konstitutiv*.²⁸ Vor der Eintragung ist der Gläubiger durch Art. 606 OR, welcher eine ausnahmsweise unbeschränkte Haftung des Kommanditars statuiert,²⁹ geschützt.³⁰

Bestand vor dem Eintrag der Kommanditsumme solch eine unbeschränkte Haftung, so können sich im Falle der Liquidation oder des Konkurses der Gesellschaft, je nach Zeitpunkt der Entstehung einer

²⁵ So auch SIEGWART, N.6 und N.17 zu Art. 594 95 OR, HOFFMANN, Ber II, 21, s.a. HUBER, Ber.I, 24. Bedenken gegen die einfach erreichbare Ausschaltung der Privatgläubiger bei SECRETAN, 179.

²⁶ Ein abweichender Vertrag mit einem einzelnen Gesellschaftsgläubiger ist selbstverständlich möglich, so auch BISCHOFF, 38, N.2.

²⁷ Bei erstmaligem Eintrag oder bei Herabsetzung der Kommanditsumme, nicht bei deren Erhöhung, dazu nachst. Ziff. 3.1, s.a. HIRSCH, 165 f., gleich BOHNENBERG, Anm. II zu § 172 HGB.

²⁸ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.41a, BISCHOFF, 30 (vgl. jedoch den Widerspruch auf S.49 f.), RAUCH, 47, VON STEIGER, 633, (allerdings genau genommen nur für den Fall der Herabsetzung der Kommanditsumme); a.A. SIMON, 20. – Wie hier für das deutsche Recht SCHILLING, Anm. 4 zu § 172 HGB SUDHOFF, 20, WESTERMANN, 82 (ihm gem. ist die Eintragung sogar im doppelten Sinne konstitutiv: betr. beschränkte Haftung überhaupt sowie betr. Betrag der Haftsumme). – Gem. BAR, 137, RAUCH, 50 f., HIS, N.14, insbes. N.32 zu Art. 933 OR (betr. Kommanditsumme N.124 zu Art. 932, Nr.34 zu Art. 933 OR – ev. irrthümlicherweise von der grundsätzlichen Übereinstimmung von Kommanditsumme und Kommanditeinlage ausgehend) ist ein Konstitutiveffekt grundsätzlich nur gegeben, sofern die Rechtswirkung sowohl *intern* wie *extern* durch den Eintrag entsteht. Die Konstitutivwirkung bezieht sich jedoch bei dem Eintrag der Kommanditsumme nur nach aussen (so offenbar auch MEIER-HAYOZ/Forstmoser, § 10, N.41a, RAUCH, 51) und ist insofern unvollständig, vgl. BAR, 138; zur konstitutiven Wirkung s.a. GAUCH, 142 f.; zur Konstitutivwirkung, die er unter den internen Wirkungen des Handelsregisters einreicht, vgl. auch SCHNEIDER, 170 f.

²⁹ Vgl. nachst. § 12, II 2.

³⁰ Der Eintrag begründet die Haftung als nicht etwa, sondern beschränkt sie, wie KEUK, 414, betont.

Verbindlichkeit, zwei Gläubigergruppen ergeben.³¹ Denn die Beschränkung der Haftung hat auch im vorliegenden Zusammenhang, gleich wie die Herabsetzung der Kommanditsumme,³² keinerlei rückwirkende Kraft.³³

Was gilt, wenn der eingetragene Betrag der materiellen Wahrheit nicht entspricht, d.h. nach oben oder nach unten von dem intern als Haftsumme vereinbarten Betrag abweicht? Ist der Dritte auch in seinem Glauben auf einen unrichtigen Eintrag geschützt? Die angetönten Fragen betreffen einen nach wie vor äusserst umstrittenen,³⁴ komplexen und vorläufig nicht abschliessend geklärten Problemkreis, nämlich Fragen der verschiedenen Handelsregisterwirkungen³⁵ und insbesondere die Frage des *öffentlichen Glaubens* des Handelsregisters.³⁶ Dieser ist im Gesetz, anders als im Grundbuchrecht (Art. 973 ZGB), nirgends ausdrücklich festgehalten.³⁷ Es stellt sich also die Frage einer allfälligen Lückenfüllung bzw. einer ausdehnenden Auslegung des positiven oder negativen Publizitätsprinzips. Auf Einzelheiten kann vorliegend nicht eingegangen werden.

³¹ Vgl. nachst. IX 2.2.

³² Dazu nachst. Ziff. 3.2.

³³ Der Annahme von SIEGWART, N.3 und N.11 zu Art. 608/9, N.2 zu Art. 607 OR, wonach die unbeschränkte Haftung vor Eintrag der Gesellschaft, gleich wie die höhere Haftung vor der Herabsetzung, nur innerhalb der 5-jährigen Verjährungsfrist von Art. 591 OR Geltung habe, kann nicht zugestimmt werden. Zur Begründung vgl. nachst. Ziff. 2.2.

³⁴ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 5, N.46.

³⁵ Inkl. der Wirkungen untereinander. Jeder der im vorliegenden Zusammenhang erwähnten Autoren gelangt – zumindest in Nuancen – zu einer verschiedenen Einteilung. Vgl. z.B. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 5, N.56 ff., PATRY, 140 ff., BÄR, 133, HIS, N.2 ff. zu Art. 933 OR, SCHNEIDER, 170 ff., RAUCH, 20 ff., 24 ff. – Auffallend ist auch die teilweise unterschiedliche Zuordnung des «Kennen-Müssens», der gebotenen Aufmerksamkeit bzw. der fahrlässigen Unkenntnis (s. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 5, N.60) i.S. von Art. 3 II ZGB und damit die Definition des guten bzw. bösen Glaubens, vgl. z.B. GAUCH, 146, N.32, N.150, N.53, PATRY, 143 f., 146, BÄR, 142, 147 f.

³⁶ In etwa gleich verwendet die Begriffe: «(formelle) Rechtskraft», vgl. HARTMANN, N.8 zu Art. 608 OR, s.a. SCHNEIDER, 169, «positive Wirkung auf das Rechtsverhältnis», vgl. HIS, N.8 zu Art. 933 OR, «positive Rechtskraft», vgl. SIEGWART, N.5 zu Art. 566 OR, «schützende Wirkung», vgl. GAUCH, 148. SCHNEIDER, 182 f., unterscheidet einen negativen und einen positiven öffentlichen Glauben des Handelsregisters, ebenso grundsätzlich RAUCH, 34.

³⁷ Gestützt darauf völlige Ablehnung bei SIEGWART, N.5 zu Art. 566 OR.

Immerhin muss wohl heute zunehmend als herrschende Meinung diejenige bezeichnet werden, welche den öffentlichen Glauben als Regel³⁸ und nicht als Ausnahme akzeptiert.³⁹

Für die vorliegend aufgeworfene Frage ist m.E. jedoch zu unterscheiden:⁴⁰

Wurde eine *höhere* als die intern vereinbarte Kommanditsumme im Handelsregister eingetragen, so scheint die Anwendung des erwähnten Grundsatzes gerechtfertigt, d.h. massgebend gegenüber Dritten ist der im Handelsregister eingetragene Betrag.⁴¹ Ausschlaggebend ist m.E. jedoch nicht die konstitutive Wirkung des Eintrags,⁴² welche auch dem nachstehend abweichend behandelten Fall der niedriger als intern vereinbart eingetragenen Kommanditsumme zukommt, und welche abgesehen davon nur eine unvollständige ist, d.h. die Rechtsfolge nur extern, nicht aber intern entstehen lässt.⁴³ Vielmehr ist die Anwendung des Prinzips m.E. hier aufgrund einer Interessenabwägung⁴⁴ zuzulassen. Zwar hat der

³⁸ So SCHMID, 474 f., BAR, 131 ff., 153, 165 f., vgl. dens. Kognitionsbefugnisse, 436, PATRY, 144 ff., insbes. S.144, N.13, gestützt auf Sinn und Zweck des Handelsregisters, samt seiner Aufgabe im Dienste der Rechtssicherheit, sowie der allgemein geltenden Vertrauens- und Publizitätstheorie (146), ähnlich schon WIELAND, 235, i.S. einer Konsequenz des positiven Publizitätsprinzips, dieser Meinung offensichtlich nicht abgeneigt, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 5, N.65 f.; neuerdings z.B. BGE 104 Ib 321 ff. (kritisch dazu M.KUMMER in ZBJV 116(1980)50 f.), gem. BAR auch BGE 78 III 45 f., (von P.FORSTMOSER, Berner Kommentar zum Recht der Genossenschaft, N.11 zu Art. 839 OR, hingegen als Beispiel für die ausnahmsweise Geltung des Prinzips angeführt), vgl. weitere BGE-Zitate bei BAR, 160, N.74.

³⁹ Vgl. z.B. GAUCH, 93 f., Grundidee: negative Publizitätswirkung mache den öffentlichen Glauben entbehrlich (Kritik hiezu bei BAR 146 ff.); HS, N 17-28, insbes. N.19, N.36/37 zu Art. 933 OR (zur Unklarheit der Beziehungen zwischen den beiden Anmerkungsgruppen vgl. BAR, 137, N.20), s.a. N.17 zu Art. 940 OR, SCHNEIDER, 183, RAUCH, 100, SIMON, 23. Starke Kritik an der Vorstellung des «beschränkten öffentlichen Glaubens» bei BAR, 161, 166, s.a. FORSTMOSER, a.a.O., N.11 zu Art. 838 OR, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 5, N.45; – kein öffentlicher Glaube bezüglich Richtigkeit wird gem. SCHILLING, Anm. 4 zu § 172 HGB, begründet.

⁴⁰ Zu summarisch m.E. RAUCH, 93, LEHMANN/DIETZ, 204.

⁴¹ Vgl. BISCHOFF, 32, RAUCH, a.a.O., LEHMANN/DIETZ, a.a.O., jedoch ohne die vorliegend vorgenommene Differenzierung, vgl. Fn.40 vorst. Wie hier SUDHOFF, 20, KORNBLUM, 208, SCHLEGELBERGER/GENSLER, Anm. 2 f. zu § 172 HGB, SCHILLING, Anm. 5 f. zu § 172 HGB.

⁴² So MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 5, N.64 i.V. mit § 10, N.41a, SCHNEIDER, 183; wobei die Konstitutivwirkung nach aussen, auch gem. BAR, 141, 146, ein starkes Argument für den öffentlichen Glauben, aber nicht das einzige ist, so auch BGE 78 III 33 ff.

⁴³ Vgl. BAR, 137, RAUCH, 51, s.a. Fn.28 vorst.

⁴⁴ Dazu ausführlich PATRY, 141 ff., neben weiteren Gedankengängen, insbes. betr. Abs. 2 von Art. 933 OR, auch BAR, 153, 156, s.a. VON STEIGER, 633, für den Fall der Herabsetzung der Kommanditsumme; BGE 78 III 33 ff. Laut HS, N.20 zu Art. 933 OR, darf dabei jedoch die Sicherheit des Verkehrs nicht überbewertet werden. Gem. RAUCH, 93, ist die

Handelsregisterführer im Rechte der Personenhandelsgesellschaften eine minimale Kognitionsbefugnis⁴⁵ und ist dem Kommanditär (z.B. der Ehefrau eines Handwerkers) häufig ein Prozess nicht eher zuzumuten, als einem Dritten (z.B. einer Bank, gar einer Grossbank).⁴⁶ Es ist jedoch dem Kommanditär, der von Gesetzes wegen bei der Anmeldung mitzuwirken hat (Art. 597 I OR),⁴⁷ zuzumuten, sich davon zu überzeugen, dass die Anmeldung in jeder Beziehung korrekt ist, sowie dass der nachfolgende Eintrag nicht davon abweicht.⁴⁸ Denn die Beschränkung und insbesondere das Ausmass der Beschränkung der Haftung ist für ihn essentiell. Allenfalls ist für die Zwischenzeit, d.h. bis zur eigentlichen, vom Kommanditär bewirkten Berichtigung nach aussen eine Ausnahme zu machen.⁴⁹ Auch die übrigen allgemein anerkannten Ausnahmen vom Grundsatz sind zu beachten.⁵⁰ Ein unfreiwilliges Versehen des Handelsregisterführers gehört jedoch m.E. in der Regel nicht dazu.⁵¹ Das Risiko eines Fehleintrags wegen unerlaubter Drittwirkung hingegen muss wohl dem Dritten angelastet

Geltung des öffentlichen Glaubens bezüglich den Umfang der Kommanditsumme ausnahmsweise im Gesetz selbst, nämlich in Art. 608 I OR festgelegt, und zwar in verstärkter Wirkung, welche nicht einmal den Beweis der mangelnden Gutgläubigkeit zulasse. Diese Begründung leuchtet nicht ein und steht mit den Ausführungen desselben Autoren auf S.48 in Widerspruch.

⁴⁵ Vgl. PATRY, 149, s. vor allem vorst. § 1, IV 2.1, insbes. Fn.170, vgl. allerdings erneut die Pflicht zur «Aufwendung der vom breiten Publikum anzuwendenden Aufmerksamkeit» durch den Handelsregisterführer in Bezug auf die materielle Wahrheit bei Schneider, 186, 289 ff., s.a. JANGGEN/BECKER, Berner Kommentar zum Recht der GmbH, N.1 zu Art. 781 OR, eingeschränkter bei RAUCH, 90; zum engen Zusammenhang zwischen Umfang der Prüfungspflicht des Handelsregisterführers und dem schützenswerten Vertrauen des Dritten auf den Eintrag, d.h. dem allfälligen öffentlichen Glauben des Registers vgl. dens. 31, Postulat für eine volle Kognition aufgrund seiner Befürwortung des öffentlichen Glaubens des Handelsregisters bei BÄR, 167: «Der öffentliche Glaube hilft zwar dem Dritten, aber besser als die Überbrückung einer Diskrepanz ist die Kongruenz von Sein und Schein.»

⁴⁶ Diesbezüglich entgegen BÄR, 146.

⁴⁷ Wobei der Betrag der Kommanditsumme in dieser Anmeldung enthalten ist, vgl. His, N.48 zu Art. 932 OR.

⁴⁸ So auch BÄR, 145, 160 f., RAUCH, 48,; BGE 19 I 672.

⁴⁹ So offenbar auch BÄR, 145, 166; anders KORNBUM, 209, Anm. 11.

⁵⁰ Z.B. Handlungsunfähigkeit, Konkurs etc., vgl. PATRY, 142 f., weitergehend His, N.21 ff. zu Art. 933 OR, detaillierte Auseinandersetzung mit den einzelnen Punkten bei BÄR, 142 ff.

⁵¹ Wie hier PATRY, 146, SCHMID, 475, BÄR, 145 «nach einigem Zögern», SIEGWART, N.4 zu Art. 608/9 OR; a.A. HARTMANN, N.8 zu Art. 608 OR, RAUCH, 49, SIMON, 23, BISCHOFF, 32, WIELAND, 769. Zu Recht hält WESTERMANN, 86, Anm. 13, fest, dass das Versehen des Handelsregisterführers angesichts der Anmeldung durch alle Gesellschafter praktisch wohl der einzig mögliche Fall eines abweichenden Eintrags sei – m.E. jedenfalls der häufigste.

und dieser auf die öffentliche Haftung für das Register und auf die Deliktsklage verwiesen werden.⁵²

Das Ausgeführte zusammenfassend ist festzuhalten, dass der eine höhere als die vereinbarte Kommanditsumme kundgebende Handelsregistereintrag die materielle Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen kann.⁵³ Dem Kommanditär bleibt die Einrede,⁵⁴ dass der Gläubiger nicht gutgläubig gewesen sei.⁵⁵

Abweichend ist m.E. der Fall zu behandeln, in welchem eine *niedrigere* als die intern vereinbarte Kommanditsumme im Handelsregister eingetragen worden war.⁵⁶ Zwar ermangelt auch dieser Eintrag (*prima vista*) nicht einer externen Konstitutivwirkung. Auch wäre an sich kein Grund ersichtlich, die Interessenabwägung anders vorzunehmen. Interessiert daran wäre im vorliegenden Zusammenhang naheliegenderweise vor allem der Kommanditär. Die – gutgläubigen – Dritten wären ihrerseits nach wie vor in ihrem Vertrauen auf die Richtigkeit des Eintrags geschützt. Indes ist hier die Gesetzesvorschrift von Art. 608 II OR zu beachten, welche eine Interessenabwägung bereits vorgenommen hat und eine Lückenfüllung daher erübrigt. Dieser Artikelabsatz beschlägt auch – aber m.E. nicht nur – die Erhöhung einer bereits publizierten Haftsumme.⁵⁷ Gestützt darauf kommt die intern höher vereinbarte Kommanditsumme dem oder denjenigen Gesellschaftsgläubigern gegenüber zum

⁵² So auch BAR, 145, SCHMID, 475 f., sofern der Kommanditär eine Berichtigung wissentlich unterlassen hat.

⁵³ Die Beweiswirkung aufgrund von Art. 9 ZGB ist verstärkt bzw. überdeckt; ein Gegenbeweis gegen die durch den Eintrag bezeugte Tatsache ist nicht möglich, so z.B. RAUCH, 23.

⁵⁴ Diese Beweislast liegt beim «Insider», vgl. BAR, 147, N.45.

⁵⁵ Dieser Beweis bleibt auch bei Anerkennung des Grundsatzes des öffentlichen Glaubens eines Registers vorbehalten, vgl. PATRY, 146, RAUCH, 31, 48, 88, widersprüchlich auf S.93. Der gute Glaube ist gem. BAR, 133, 135, 142, geradezu Teil des Begriffs des öffentlichen Glaubens, ähnlich MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 5, N.61, s.a. GAUCH, 151, HARTMANN, N.8 zu Art. 608 OR, SIEGWART, N.4 zu Art. 608/9 OR, HILF, N.13, N.36 und N.38 zu Art. 933 OR; vgl. auch WIELAND, 768, Anm. 46, BOHNENBERG, Anm. II zu § 172 HGB.

⁵⁶ So auch SUDHOFF, 20, WEIPERT, Anm. 8 zu § 172 HGB, KORNBLUM, 208.

⁵⁷ Vgl. hierzu nachst. Ziff. 2 I. Vgl. auch die Ausführungen zu Art. 606 OR, nachst. § 12, II 2; gl. offenbar HARTMANN, vgl. z.B. N.9 zu Art. 608 OR. – Für eine analoge Anwendung von § 172 II HGB, der ausdrücklich nur die Erhöhung einer eingetragenen Kommanditsumme regelt, auf den vorliegend behandelten Fall auch SCHILLING, Anm. 8 zu § 172 HGB, SCHIFFGLIBERGER/GESSLER, Anm. 3 zu § 172 HGB, gl. SUDHOFF, 20, unter Bezugnahme auf WEIPERT, Anm. 8 zu § 172 HGB, s.a. KORNBLUM, 208, Anm. 11, BAUMBACH/DUDEN, Anm. IA zu § 172 HGB.

Zuge, welchen sie kundgegeben war.⁵⁸ Die Beweislast für die höhere Haftung muss beim Gläubiger liegen.

An sich genügt Mitteilung in irgendeiner Form, durch «für den Rechtsverkehr bestimmte Mittel».⁵⁹ Die Mittel der Kundgabe wollte man der technischen Entwicklung überlassen.⁶⁰ Unterschiedlich sind die Wirkungen. Ist die Mitteilung nur individuell ergangen, gilt sie nur gegenüber dem betreffenden Gläubiger;⁶¹ ist sie öffentlich (durch Anzeigen in der Zeitung, Zirkulare etc.) erfolgt, wirkt sie zugunsten aller Gläubiger, gleich wie die formell im Handelsregister eingetragene und publizierte Höhe der Kommanditsumme.⁶² Immer aber wirkt die Mitteilung für bestehende und zukünftige Verbindlichkeiten des oder der betreffenden Gläubiger, hat also insofern – ausnahmsweise – rückwirkende Kraft.⁶³ – Die Kundgabe kann vom Kommanditär selbst oder von der Gesellschaft ausgehen. Im letzteren Falle verlangt Art. 608 II OR zumindest das Wissen des Kommanditärs darum. Umstritten ist, ob er auch zustimmen müsse.⁶⁴ Der Wortlaut scheint klar. Die Diskrepanz ist indes m.E. nicht gross. Sie bedeutet nur, dass ein wissender Kommanditär sich wehren müsste, damit nicht stillschweigendes Einverständnis angenommen werden könnte. Dies wird ihm in der Regel zuzumuten sein.

⁵⁸ Insofern ist die Aussage bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 5, N.60, zu relativieren, wonach ausserregisterliche Kenntnis keine Rechtsfolgen habe, wenn einem Eintrag konstitutive Wirkung zukomme.

⁵⁹ Vgl. HARTMANN, N.9 zu Art. 608 OR; § 172 II HGB verlangt eine Kundgabe «in handelsüblicher Weise».

⁶⁰ Vgl. ProtExpKomm, 130. Art. 602 aOR sprach demgegenüber noch von Angabe durch «Zirkular oder andere Weise».

⁶¹ Die Folge sind zwei Kollokationspläne im allfälligen Konkurs oder in der Liquidation, gl. wie bei der nachträglichen Erhöhung sowie Herabsetzung der Kommanditsumme.

⁶² Vgl. HARTMANN, N.9 zu Art. 608 OR.

⁶³ Vgl. SIEGWART, N.7 zu Art. 608/9 OR, VON STEIGER, 632/33, beide allerdings genau genommen nur betreffend Erhöhung der Kommanditsumme.

⁶⁴ Für ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung SIEGWART, N.6 zu Art. 608/9 OR; dagegen HARTMANN, N.10 zu Art. 608 OR, gestützt auf den Wortlaut.

3. Nachträgliche Veränderung der eingetragenen und publizierten Kommanditsumme

3.1 Erhöhung der Kommanditsumme

Eine nachträgliche Erhöhung der Haftsumme kann sich aus einer entsprechenden Änderung des Gesellschaftsvertrages ergeben⁶⁵ – welcher insbesondere auch der Kommanditär zustimmen muss – samt nachfolgendem abänderndem Eintrag im Handelsregister und dessen Publikation.

Diese Möglichkeit ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, bedarf aber keiner weiteren Begründung. Eine solche *formelle* Erhöhung zeitigt die volle Wirkung für «Alt- und Neugläubiger»⁶⁶ ab Veröffentlichung des abgeänderten Eintrags, und zwar für bestehende sowie für künftige Verbindlichkeiten. Insofern hat also die Erhöhung im Gegensatz zur Verminderung der Kommanditsumme eine umfassend rückwirkende Kraft,⁶⁷ der Eintrag hat nur deklaratorische Wirkung.⁶⁸ Dass eine gesellschaftsvertragliche oder aus anderen Gründen erfolgende Erhöhung der *Einlagepflicht* des Kommanditärs die Haftung unberührt lässt, sollte eigentlich keiner besonderen Erwähnung bedürfen.⁶⁹ Allenfalls können im Einzelfall Auslegungsfragen wegen ungenauer Terminologie der Vertragsparteien⁷⁰ auftreten. Keinesfalls dürfte jedoch m.E. eine Mitteilung bezüglich Erhöhung der Kommanditeinlage⁷¹ «in der Regel als auch für die Kommanditsumme geltend aufgefasst werden können».⁷²

Die Erhöhung der Kommanditsumme und damit des Umfangs der Haftung kann aber – gleich wie bei höherer, vom irrtümlich niedrigeren

⁶⁵ So HIRSCH, 165.

⁶⁶ Diese Bezeichnung ist zwar nicht besonders geglückt, ist es doch o.w. möglich, dass ein bestimmter Gläubiger sowohl vor als auch nach der Erhöhung Forderungen gegenüber der Gesellschaft begründet hat, so dass eine Unterscheidung nach «Alt- und Neuschulden» (von der Gesellschaft her gesehen) eigentlich zutreffender wäre. Die erwähnte Bezeichnung ist indes derart verbreitet, auch bei den deutschen Autoren, dass sie im folgenden teilweise – und mit entsprechenden Vorbehalten – übernommen wird.

⁶⁷ So auch VON STEIGER, 633; PATRY, Précis, 337; gl. SCHILLING, Anm. 24 zu § 172 HGB.

⁶⁸ Vgl. HIRSCH, 165.

⁶⁹ Vgl. aber immerhin z.B. HARLMANN, N.11 zu Art. 608 OR, BISCHOFF, 27, 34.

⁷⁰ Basierend auf der verwirrenden Gleichsetzung von Internum und Externum in Art. 594 I OR. Nur in diesem Sinn kann auch den Ausführungen SIEGWARTS, N.6 zu Art. 608/9 OR, zugestimmt werden.

⁷¹ Welche an sich schon unwahrscheinlich ist, denn die Einlage geht die Gläubiger nichts an.

⁷² So SIEGWART, a.a.O., verweisend auf ProtExpKomm, 130, wo jedoch klar festgehalten wurde, es gehe hier um die Haftsumme und nicht um die Einlage. Wie hier ausführlich SIMON, 27 f.

Eintrag abweichender Kommanditsumme – durch reine Kundgabe dem oder den Gesellschaftsgläubigern gegenüber bewirkt werden,⁷³ welche wiederum vom Kommanditär selbst oder von der Gesellschaft mit seinem Wissen⁷⁴ ausgehen kann. Auch diese Möglichkeit ist in Art. 608 II OR enthalten. Die erweiterte Haftung gilt diesfalls ab Kenntnisnahme der Mitteilung, d.h. die – allenfalls nachfolgende – Eintragung der erhöhten Kommanditsumme ist – ausnahmsweise – nicht konstitutiv.⁷⁵ Auch diese Art der Erhöhung entfaltet rückwirkende Kraft, d.h. sie betrifft sämtliche bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft.⁷⁶ Umfassend ist sie insofern, als die Kundgabe öffentlich erfolgte; beschränkt auf einen oder einzelne Gläubiger, sofern nur eine individuelle Mitteilung ergangen war.⁷⁷ Wiederum liegt die Beweislast bei den die Erweiterung der Haftung gegenüber den im Handelsregister eingetragenen Betrag behauptenden Gläubigern. Ebenso wären allenfalls im Liquidations- bzw. Konkursfalle zwei Kollokationspläne aufzustellen.⁷⁸

3.2 Herabsetzung der Kommanditsumme

Eine Verminderung der Kommanditsumme im Sinne der Haftsumme – ist an sich möglich. Entgegen Absatz 1 von Art. 609 OR kann diese «Verminderung» der reinen abstrakten Zahl, die keinerlei Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ausdrückt,⁷⁹ jedoch ausschliesslich auf einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages beruhen,⁸⁰ niemals aber – schon rein begrifflich nicht – Folge von Bezügen aus dem Gesellschaftsvermögen⁸¹

⁷³ So auch SIMON, 28 (die Kenntnis dürfe nicht über Dritte bewirkt worden sein); gl.A. LEHMANN/DIETZ, 205, vgl. aber den Widerspruch im vorstehenden Satz: «*Erhöhungen erhalten nur auf diese Weise [durch Eintrag im Handelsregister – die Verf.] Wirksamkeit gegenüber Gläubigern*».

⁷⁴ Bzw. seiner ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung, vgl. dazu vorst. Ziff. 2; s.a. SCHILLING, Anm. 23 zu § 172 HGB.

⁷⁵ So auch HIRSCH, 165.

⁷⁶ So auch BISCHOFF, 36, KORNBLOM, 209, N.11. Besondere, abweichende Kundgaben vorbehalten, vgl. SCHILLING, Anm. 24 zu § 172 HGB, Anders SIMON, 28 f.

⁷⁷ Vgl. HARTMANN, N.9 zu Art. 608 OR, SIEGWART, N.7 zu Art. 608/9 OR, VON STEIGER, 632/33, s.a. vorst. Ziff. 2.

⁷⁸ Vgl. ebenfalls vorst. Ziff. 2, nachst. IX 2.2.

⁷⁹ Vgl. vorst. § 1, II.

⁸⁰ Der aktiver gefärbte Ausdruck «Herabsetzung» ist daher vorzuziehen.

⁸¹ So noch deutlicher Art. 604 aOR, Art. 613 I E I, Art. 626 II E II; gl. STIFFLER, 28, BISCHOFF, 36.

sein. Darin ist sich die herrschende Lehre grundsätzlich einig.⁸² Die Fassung des Gesetzes wurde in der Expertenkommission vergeblich bekämpft.⁸³

Allfällige Bezüge (und sonstige Rückerstattungen)⁸⁴ vermindern vielmehr ausschliesslich die Kommanditeinlage⁸⁵ im weiten Sinne bzw. den jeweiligen Kapitalanteil.⁸⁶ Die Gleichsetzung der Bezüge mit der vertraglichen Herabsetzung verbietet sich also auch von daher, denn der intern stetig veränderliche Kapitalanteil muss und darf im Handelsregister gar nicht eingetragen und publiziert werden.⁸⁷ Die Herabsetzung der Kommanditsumme ihrerseits hat aber gemäss Art. 609 I OR a.E. eine solche Eintragung und Publikation zur Voraussetzung, um überhaupt wirksam zu werden.

Extern, die Gläubiger betreffend, bewirken diese Bezüge höchstens ein **Aufleben der Haftung**.⁸⁸

Es ist zwar grundsätzlich möglich, aber keineswegs zwingend und wohl auch nicht die Regel,⁸⁹ dass parallel zur Gestattung eines grösseren Bezuges bzw. insbesondere bei gleichzeitiger vertraglicher Herabsetzung der internen Kommanditeinlage beschlossen wird, auch die externe Kommanditsumme herabzusetzen.⁹⁰ Die KG als Personengesellschaft hat, dies sei hier wiederholt, ein vom Aussenverhältnis unabhängiges Innenleben.

⁸² Vgl. VON STEIGER, 632, N.18, HARTMANN, N.1 zu Art. 609 OR (gegen Ende der Note jedoch von der «Rückerstattung» der «Kommanditsumme» sprechend, dazu bei Fn.84 nachst.), SIEGWART, N.8 zu Art. 608/9 OR; unpräzise MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.28a: Die Kommanditsumme *kann* nicht, die Kommanditeinlage *darf* (im Gegensatz zur Aktie!) durch Rückzahlungen etc. verändert werden. Unzutreffend ZR 19(1920)157.

⁸³ Vgl. ProtExpKomm, 136.

⁸⁴ Vgl. nachst. VIII 4.1.

⁸⁵ So noch GUHL/MERZ/KUMMER, 6. A., 558.

⁸⁶ Vgl. dazu vorst. § 1, III 3.

⁸⁷ Entsprechende Anträge, auch auf laufende Publikation der Verluste der Kommanditeinlage, scheiterten wie bereits erwähnt im Rahmen der Revision zu Recht; vgl. HOFFMANN, Ber.II, 23, StenBullStR 1931/161.

⁸⁸ Dazu ausführlich nachst. VIII 4.1 und 4.2. So auch VON STEIGER, 632, N.18, HARTMANN, N.1 zu Art. 609 OR, SIEGWART, N.8 zu Art. 608/9 OR, GUHL/MERZ/KUMMER, 6. A., 558, 7. A., 594.

⁸⁹ Entgegen SIEGWART, N.8 zu Art. 608/9 OR; denn Kommanditsumme und Kommanditeinlage brauchen sich umfangmässig keineswegs zu decken – vgl. vorst. § 1, III 2, vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.28b, SUDHOFF, 24. Insbes. ist das im internen Verhältnis eminente Interesse der Gesellschaft bzw. ihrer Geschäftsführer zu beachten, über das Gesellschaftsvermögen frei, in wohlverstandenen Geschäftsinteresse zu verfügen, dazu insbes. SIMON, 29, 26 f. – Keineswegs ist eine Herabsetzung zwingende Folge von Verlusten, unzutreffend ZR 19(1920)157.

⁹⁰ Und umgekehrt: Eine Herabsetzung der Kommanditsumme hat keineswegs automatisch die Verminderung der Einlagepflicht zur Folge.

Zu ihrer Gültigkeit gegenüber Dritten bedarf auch eine klar vereinbarte Herabsetzung der Kommanditsumme wie erwähnt einer entsprechenden Eintragung im Handelsregister und der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Art. 609 I OR). Rein intern bleibende Vereinbarungen haben Dritten gegenüber keinerlei Rechtsfolgen. Der Eintrag hat somit auch in diesem Zusammenhang *extern konstitutive* Wirkung.⁹¹ Er ist einzig entscheidend. Bloss, auch allenfalls nachweisbare, sichere Kenntnis eines Dritten bezüglich einer intern vereinbarten Verminderung der Kommanditsumme vermag daher die Reduktion der Haftung nicht zu bewirken,⁹² entgegen Art. 933 II OR a.E., dem Grenzfalle des negativen Publizitätsprinzips.⁹³ Eine andere Frage ist diejenige der internen Wirkung. Sollte der Kommanditär trotz intern vereinbarter Verminderung des Haftungsbetrages auf den höheren noch im Handelsregister eingetragenen Betrag belangt werden, stehen ihm entsprechende Regressansprüche gegenüber seinen Mitgesellschaftern zu.⁹⁴

Unbenommen bleibt die Möglichkeit, mit dem oder einzelnen Gläubigern eine Reduktion der Haftung im Sinne einer teilweisen Enthftung, zu vereinbaren.⁹⁵ Ein einseitiger Vorbehalt genügt allerdings m.E. auch im vorliegenden Zusammenhange nicht.⁹⁶

Folge der konstitutiven Wirkung des die Kommanditsumme herabsetzenden Eintrages samt entsprechender Veröffentlichung ist, dass die Gesellschaftsgläubiger in zwei Kategorien mit umfangmässig unterschiedlichen Haftansprüchen aufgeteilt werden,⁹⁷ wobei einzelne durchaus sowohl der einen wie der anderen Kategorie angehören können.⁹⁸

⁹¹ Vgl. vorst. Ziff. 2, s.a. Fn.28, gl. SIMON, 30, BISCHOFF, 38 (auch betr. vorher durch Kundgebung erhöhte).

⁹² Hier gilt der von MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER in §5, N.60 festgehaltene Grundsatz, wonach Beachtlichkeit ausserregisterlicher Kenntnis und konstitutive Wirkung eines Eintrags sich ausschliessen.

⁹³ Vgl. VON STEIGER, 633, HARTMANN, N.2 zu Art. 609 OR, SIEGWART, N.10 zu Art. 608/9 OR. Diese Regelung war im vorliegenden Zusammenhang – trotz des Gegensatzes zu den Vorschriften betr. Erhöhung der Kommanditsumme, Art. 608 II OR, vgl. vorst. Ziff. 2 und 3.1 – durchaus gewollt, vgl. HUBER, Ber.I, 28, ProtExpKomm, 135 f., so schon a.OR Art. 604 I.

⁹⁴ So auch VON STEIGER, 633.

⁹⁵ Vgl. VON STEIGER, 633, s.a. nachst. VIII 2.1.3, vorst. V 2 und 3.

⁹⁶ Entgegen SIEGWART, N.10 zu Art. 608/9 OR; wie hier HARTMANN, N.2 zu Art. 609 OR.

⁹⁷ Zu den konkreten Auswirkungen in Liquidation und Konkurs s. nachst. IX 2.2.

⁹⁸ Unpräzise daher die Unterscheidung nach «Alt- und Neugläubigern», vgl. hiezu schon Fn.66 vorst.

Massgebend ist nämlich der Zeitpunkt der Entstehung⁹⁹ der Verbindlichkeit. Für vor der *Publikation* der Herabsetzung entstandene Verbindlichkeiten haftet der Kommanditär mit der ursprünglichen, unverminderten Kommanditsumme weiter (Art. 609 OR II). Die Herabsetzung entfaltet somit – im Gegensatz zur Erhöhung der Kommanditsumme¹⁰⁰ – keine rückwirkende Kraft, was auch dem Vertrauensprinzip und der Rechtssicherheit entspricht.¹⁰¹ Der von SIEGWART¹⁰² vertretenen Ansicht, wonach die höhere Haftung der kurzen Verjährungsfrist von Art. 591 ff. OR unterliege, da die Herabsetzung der Kommanditsumme einem teilweisen Ausscheiden¹⁰³ gleichkomme,¹⁰⁴ kann nicht zugestimmt werden. Eine solche Fristansetzung würde die «Alt- bzw. Sonder-Gläubiger» in den meisten Fällen um den ihnen vom Gesetz gewährten Schutz bringen. Geschützt aber sollen sie sein, weil sie im Zeitpunkt des Entstehens der Verbindlichkeit darauf bauen durften, einen Kommanditär mit der entsprechenden höheren Haftung vor sich zu haben.¹⁰⁵ Angesichts der späteren, herabgesetzten Kommanditsumme hätten sie unter Umständen einem Vertragsschluss überhaupt nicht zugestimmt. Abgesehen davon entfällt bei einem fortsetzenden Kommanditär die ratio für die kurze Verjährungsfrist von Art. 591 OR, nämlich Beschleunigung der endgültigen Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern und Durchsetzung all-

⁹⁹ Zur Problematik der Festlegung dieses Zeitpunktes insbes. bei Dauerschuldverhältnissen, vgl. nachst. VIII 2.1.2 und 2.1.3. Im vorliegenden Zusammenhang sind diese Fragen im allgemeinen von geringerer Bedeutung, da es nicht um die Frage, ob der Kommanditär überhaupt noch haftet, sondern nur darum, in welchem Umfange er allenfalls noch haftet, geht. Zur Problematik vgl. schon hier VON STEIGER, 421, mit Zitaten in N.219.

¹⁰⁰ Vgl. vorst. Ziff. 2 und 3.1

¹⁰¹ So auch VON STEIGER, 633.

¹⁰² N.11 zu Art. 608/9 OR, s.a. N.3 daselbst, gleich STIFFLER, 61, BISCHOFF, 39, PATRY, Précis, 337.

¹⁰³ Diese Auffassung scheint auch WIELAND, 767, N.38, etwas «erkünstelt».

¹⁰⁴ Auch GUHL/MERZ/KUMMER, 599, sprechen von «partielltem Austritt», worunter sie – entgegen VON STEIGER, 646, N.3 – offenbar nicht eine Änderung des internen Gesellschaftsverhältnisses, sondern die Herabsetzung der Haftsumme verstehen, s.a. GUHL, Jurist. Karte Nr.759, S.2, gleich FUNK, N.2 zu Art. 609 OR, wobei sich der Vergleich – gleich wie vermutlich bei HARTMANN, N.23 zu Art. 610 OR – auf das auch beim Ausscheiden auftretende Erfordernis der zwei Kollokationspläne bezieht.

¹⁰⁵ S.a. SIEGWART, N.3 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.5 zu Art. 612 OR – beide im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen beschränkter und unbeschränkter Haftung.

fälliger Regressansprüche,¹⁰⁶ sowie endgültige Klärung der Haftungssituation des Ausgeschiedenen.¹⁰⁷

Für nach dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Herabsetzung entstandene Verbindlichkeiten haftet der Kommanditär nur noch in vermindertem Umfange. Es ist selbstverständlich, dass er von einer allfälligen höheren Kommanditeinlage, genauer von einem die herabgesetzte Kommanditsumme übersteigenden Kapitalanteil, ab diesem Zeitpunkt entsprechende Rückbezüge machen darf bis zur Höhe der nun eingetragenen Kommanditsumme, ohne dass hierdurch die Haftung für neu entstehende Verbindlichkeiten wieder aufleben würde.¹⁰⁸

VII. Ausmass der Haftung in zeitlicher Hinsicht

1. Beginn der Haftung

1.1 Kommanditär als Gründungsmitglied

Die *beschränkte* Haftung des Kommanditárs gegenüber Dritten beginnt im Zeitpunkt der Veröffentlichung des Eintrags der Kommanditsumme im Handelsregister.¹⁰⁹

Unabhängig von der Eintragung kann die Haftung des Kommanditárs an sich bereits mit einem allfällig früheren Auftreten der KG im Geschäftsverkehr zum Zuge kommen. Sie ist diesfalls grundsätzlich eine unbeschränkte, es sei denn, der Kommanditär könne Kenntnis der intern vereinbarten Beschränkung der Haftung seitens der oder gewisser Dritter nachweisen.¹¹⁰

¹⁰⁶ Dieses Argument trifft auf den Fall der Auflösung voll, auf den Fall des Ausscheidens teilweise zu, da im letzteren Regress gegen frühere Mitgesellschafter erst nach *deren* Belangbarkeit möglich ist.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu noch nachst. VIII 2.1.2.

¹⁰⁸ So ausdrücklich HARTMANN, N.3 zu Art. 609 OR.

¹⁰⁹ Genau: Gem. Art. 932 II OR. Vgl. HARTMANN, N.8 zu Art. 608 OR; SIEGWART, N.3 zu Art. 608/9 OR. Anders gem. deutschem Recht, da die Bekanntmachung nur die Anzahl der Kommanditisten, nicht aber den Betrag ihrer Haftsummen enthält, vgl. dazu KLAUSS/MITTELBACH, 65, Anm. 83.

¹¹⁰ Art. 606 OR – vgl. dazu nachst. § 12, II 2.

1.2 Eintritt des Kommanditärs in eine bestehende Gesellschaft

Denkbar und vom Gesetz in Art. 612 OR erwähnt ist sowohl der Beitritt¹¹¹ zu einer KollG als auch zu einer KG. Tritt der Kommanditär einer KollG bei, wird diese dadurch zur KG. Es findet demnach eine gesetzlich erlaubte Konversion statt.¹¹² Die Fortführung eines Alleinbetriebes durch mehrere Gesellschafter bedeutet hingegen eine Geschäftsübernahme im Sinne von Art. 182 II OR.¹¹³

Für den Beginn der Haftung gilt wiederum der Zeitpunkt, in welchem der Beitritt nach aussen wirksam wird, d.h. die Publikation der Eintragung im Handelsregister (beschränkte Haftung) bzw. das Auftreten als KG im Geschäftsverkehr (unbeschränkte Haftung).

Von diesem Zeitpunkt an haftet der Kommanditär für alle, d.h. insbesondere auch für die vor seinem Beitritt entstandenen Verbindlichkeiten (Art. 612 I OR),¹¹⁴ und zwar unabhängig von einem allfälligen Wechsel der Firma.¹¹⁵ Umgekehrt haftet die Gesellschaft für die Schulden des Eintretenden nur, wenn eine Geschäftsübernahme gemäss Art. 182 OR stattgefunden hat.¹¹⁶

Der Neueintretende haftet im übrigen wie jeder Kommanditär ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund,¹¹⁷ solidarisch, persönlich im dargelegten Sinne,¹¹⁸ dazu selbstverständlich subsidiär.¹¹⁹ Seine Haftung ist jedoch

¹¹¹ Zu der rechtlichen Konstruktion eines Eintrittes in Gesamthandschaften vgl. ZOBI, 65.

¹¹² Vgl. dazu BGE 95 II 550.

¹¹³ Vgl. HARTMANN, N.2 zu Art. 612 OR; s. demgegenüber die gesetzliche Regelung in § 28 HGB, welcher den Fall analog dem Eintritt behandelt, allerdings die Möglichkeit des einseitigen Ausschlusses von Altschulden einräumt.

¹¹⁴ D.h. für sämtliche, nicht nur rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten. Entsprechend Art. 569 I OR für den Kollektivgesellschafter und Komplementär. Im Innenverhältnis wird häufig ein Ersatz des Ausfalls vereinbart, der dem Kommanditär durch diese verschärfte Haftung entstehen kann, vgl. FUNK, N.2 zu Art. 612 OR. – Gemäss § 173 I HGB haftet der Kommanditist nur für die vor seinem Eintritt «begründeten» Verbindlichkeiten, wobei die Auslegung strittig ist, vgl. dazu nachst. § 12, II 2.

¹¹⁵ Die Identität der Gesellschaft bleibt gewahrt, vgl. HARTMANN, N.2 zu Art. 612, N.11 zu Art. 594 OR, VON STEIGER, 645, so noch deutlicher Art. 606 IaOR, s.a. E I Art. 617 II, E II Art. 629 I; vgl. § 173 I HGB a.E.; einschränkend ZOBI, 65 ff., ihm gemäss bleibt die Identität nur betreffend Gemeinschaftsvermögen und Gemeinschaftsvertrag gegeben.

¹¹⁶ Vgl. HARTMANN, N.1 zu Art. 569, WIELAND, 640, Anm. 16; auch hier gem. SIEGWART, N.11 zu Art. 568/69 OR, in beliebigem, vereinbartem Umfang, ähnlich wie bei Einbringung eines Geschäfts anlässlich der Gründung – N.25 zu Art. 531 OR.

¹¹⁷ D.h. auch für ein allfällig noch offenes Abfindungsguthaben. Für die Verhältnisse beim eigentlichen Übergang der Mitgliedschaft (sogenannte «Übertragung der Kommandite») vgl. nachst. VIII 5.

¹¹⁸ Auch wenn in Art. 612 im Gegensatz zu Art. 569 OR nicht ausdrücklich erwähnt.

¹¹⁹ So auch HARTMANN, N.4 zu Art. 612 OR; vgl. im übrigen zur Art der Haftung vorst. V.

grundsätzlich sowohl für Alt- als auch für Neuschulden beschränkt auf den Betrag seiner eingetragenen und publizierten Kommanditsumme (Art. 612 I OR).¹²⁰ Unbeschränkt bleibt sie für Altschulden, falls der Kommanditär vorher Komplementär oder Kollektivgesellschafter war.¹²¹ Unbeschränkt haftet der Kommanditär des weiteren in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen,¹²² praktisch – wie bereits erwähnt – am häufigsten dann, wenn die mit ihm als Neueingetretenem gebildete KG im Verkehr auftritt (Art. 606 OR analog), bevor die Beschränkung im Handelsregister eingetragen und der Eintrag publiziert ist. Ob die Zustimmung des Kommanditárs zur Weiterführung des Betriebes erforderlich sei, ist umstritten.¹²³ Gemäss herrschender Lehre gilt jedenfalls diese unbeschränkte Haftung nur für diejenigen Verbindlichkeiten, die *zwischen* dem Beitritt und der Publikation entstanden sind;¹²⁴ für die vor diesem Zeitpunkt entstandenen Verbindlichkeiten greift die beschränkte Haftung Platz. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass die unbeschränkte Haftung nur für diejenigen Gläubiger gelten solle, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses damit rechnen konnten.¹²⁵ Diese Überlegung trifft allerdings vorab für «eingegangene», nicht allgemein für «entstandene» Verbindlichkeiten zu.¹²⁶

Unerheblich ist, ob die Verbindlichkeiten dem Kommanditär bekannt¹²⁷ oder etwa verschwiegen worden waren.¹²⁸ Ein Willensmangel des Kommanditárs, z.B. in Bezug auf die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft, ist gutgläubigen Dritten gegenüber nicht relevant. Denn rechtlich bedeutet der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages nicht nur eine Vereinbarung unter den Gesellschaftern, sondern auch eine Willenserklärung

¹²⁰ Zur Anrechnung der Haftungsbefreiung bei Übertragung der Mitgliedschaft vgl. nachst. VIII 5.3.

¹²¹ Vgl. HARTMANN, N.1 zu Art. 612 OR.

¹²² Art. 605–607 OR, dazu nachst. § 12, II.

¹²³ Dafür HARTMANN, N.3 zu Art. 612 OR; dagegen und auch einleuchtend SCHMIDT, Anwendungsgrenzen, 195, 196, wonach der freiwillige Beitritt zu einer «unternehmerisch tätigen Aussengesellschaft... die Haftungslegitimation in sich» trägt. Gem. BEYERLE, 168, 172, soll jede Betrittsklärung in ihrer Wirksamkeit aufschiebend bedingt sein durch die Eintragung. Zur Problematik s.a. KORNBUM, 247, KLAUSS/MITTELBACH, 251, Anm. 443.

¹²⁴ Vgl. HARTMANN, N.5 zu Art. 612 OR, SIEGWART, N.3 zu Art. 610/12 OR, FURRER, 181. So ausdrücklich § 176 II HGB, s.a. WIELAND, 742/43, 766.

¹²⁵ Vgl. SIEGWART, FURRER, WIELAND, je a.a.O.

¹²⁶ Vgl. zur Kontroverse nachst. § 12, II 2.

¹²⁷ Vgl. VON STEIGER, 552, HARTMANN, N.4 zu Art. 612 OR.

¹²⁸ Vgl. HARTMANN, N.4 zu Art. 569 OR.

nach aussen, gegenüber Dritten, sobald die Gesellschaft in Verkehr tritt.¹²⁹ Der Willensmangel kann aber intern entweder zur Anfechtung des Aufnahmevertrages oder zur Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde führen.¹³⁰

Die Haftung für sämtliche Altschulden bedeutet eine Erweiterung der Haftung gegenüber dem Grundsatz, wonach der Haftung derjenige unterliegt, welcher im Zeitpunkt der Entstehung Mitglied der Gesellschaft war.¹³¹ Andererseits bildet sie aber auch einen Anwendungsfall der Regel, dass der neue Gesellschafter in die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen der Gesellschaft und der übrigen Gesellschafter eintritt, so wie er sie vorfindet.¹³² Die gesetzliche Regelung bedeutet eine Vereinfachung der Rechtslage und insbesondere der Rechtsverfolgung,¹³³ indem im Zusammenhang mit dem Eintritt neuer Gesellschafter, hier insbesondere neuer Kommanditäre, die Unterscheidung verschiedener Gesellschafter- und Gläubigerkategorien entfällt.¹³⁴ Eine entgegenstehende Abrede, wonach der Kommanditär für Altschulden nicht einzustehen hätte, vermag ihn höchstens intern zu entlasten.¹³⁵ Sie verschafft ihm bei Inanspruchnahme durch derart ausgeschlossene Gesellschaftsgläubiger einen Regressanspruch gegenüber seinen Mitgesellschaftern.¹³⁶

Entziehen kann sich der Kommanditär dieser strengen Haftung nur durch spezielle Enthafungsvereinbarungen mit einzelnen oder allen Gläubigern.¹³⁷ Er kann aber auch durch einseitige Erklärung des Gläubigers aus der Haftung entlassen werden.¹³⁸

¹²⁹ Vgl. dazu z.B. BGE 47 II 159 (KollG); s.a. nachst. IX 2.4.2.

¹³⁰ So HARTMANN, N.4 zu Art. 569, N.2 zu Art. 608, N.25 zu Art. 594 OR, SIEGWART, N.11 zu Art. 568/69 OR, VON STEIGER, 552; ausgezeichnet bereits BGE 27 II 667, 663, s.a. 60 II 109, 71 II 39. Ausführlich zu dieser Problematik VON ARX, 67 ff., für den Kommanditär insbes. S.78.

¹³¹ Vgl. VON STEIGER, 535.

¹³² D.h. insbes. auch bezüglich laufende Ansprüche, wie Zins, Gewinn, genannt Grundsatz der Anwachsung, s.a. VON STEIGER, 645, mit Zitaten in N.2, ZOBL, 80 (einschränkend), LIVER, 263 f., GUHL, Gesamthandschaften, 53, H.HUBER, Handänderungsgebühren, 242; s.a. KLAUSS/MITTELBACH, 250, Anm. 442; — anders z.B. BGE 78 I 13.

¹³³ Eine Konzession an die praktischen Bedürfnisse, vgl. ProtExpKomm, 138.

¹³⁴ Vgl. VON STEIGER, 535; so auch HUECK, 120 für § 130 HGB betr. OHG.

¹³⁵ Vgl. Art. 612 II OR, gleich für Kollektivgesellschafter und Komplementäre aufgrund von Art. 569 II OR; s.a. VON STEIGER, 632.

¹³⁶ Vgl. HARTMANN, N.6 zu Art. 612 OR.

¹³⁷ So VON STEIGER, 552, HARTMANN in N.5 zu Art. 569, N.3 zu Art. 568 OR; so hier auch SIEGWART, N.11 zu Art. 568/69 OR — ungenügend «förmliche Wegbedingung» — vgl. VON STEIGER, 535, bzw. «Publikation des Ausschlusses der Haftung für Altschulden» — so ProtExpKomm, 138.

¹³⁸ Vgl. zu beiden nachst. VII 2.1.3.

Die weitere Möglichkeit, dass ein Gesellschafter seine Mitgliedschaft überhaupt nicht im Aussenverhältnis bekannt gibt, sondern der Gesellschaft nur als stiller Gesellschafter beitrifft,¹³⁹ kann hier ausser acht gelassen werden.

Ausserhalb des hier behandelten Themas, nämlich Eintritt in eine bestehende Gesellschaft, liegt auch die weitere Möglichkeit, eine Haftung für entstandene Verbindlichkeiten durch Auflösung der bisherigen Gesellschaft und Gründung einer neuen mit verändertem Personenbestand entfallen zu lassen.¹⁴⁰

2. Ende der Haftung

2.1 Ausscheiden des Kommanditärs

2.1.1 Allgemeines

Das Ausscheiden¹⁴¹ des Kommanditärs hat zwar seine Belangbarkeit nicht zur Folge,¹⁴² auch dann nicht, wenn er aus einer zweigliedrigen Gesellschaft ausgeschlossen wird (Art. 579 OR), was an sich zur Auflösung der Gesellschaft führt.¹⁴³

Hingegen dauert seine Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern für begrenzte Zeit weiter an, d. h. seine solidarische, persönliche, akzessori-

¹³⁹ So VON STEIGER, 535.

¹⁴⁰ So SIEGWART in N.11 zu Art. 568/69 OR.

¹⁴¹ Wieder i. w. S. verstanden, d. h. Austritt und Ausschliessung umfassend (vgl. vorst. § 7, I), denn auch die Haftungsfolgen sind dieselben. Vgl. statt vieler VON STEIGER, 560.

¹⁴² Vgl. Art. 610 I OR, deutlicher Art. 568 III OR für die KollG, s. HARTMANN, N.12 zu Art. 568, N.13 zu Art. 576, N.8 zu Art. 610 OR, SIEGWART, N.4 zu Art. 610/12, N.18 zu Art. 568/69, N.6 zu Art. 581, N.8 zu Art. 591/93 OR, BISCHOFF, 134; zur Belangbarkeit vgl. nachst. IX 1.

¹⁴³ Da das Gesetz keine Einmanngesellschaft im Recht der Personengesellschaften kennt. Vgl. VON STEIGER, 564, SIEGWART, N.7 zu Art. 579, N.8 zu Art. 568/69 OR; WIKI, 43, 55, der Gläubiger soll sich an den Fortsetzenden halten, die Geschäftswerte werden der Haftung nicht entzogen, so SIEGWART, N.5 zu Art. 579 OR. Davon zu unterscheiden die Gesellschaftsübernahme mit Aktiven und Passiven, welche die Belangbarkeit sofort auslöst, s. a. SIEGWART, N.10 zu Art. 591/93, N.15 zu Art. 574, N.18 zu Art. 568/69 OR, WIKI, 83. In beiden Fällen haftet der Kommanditär als Fortsetzender bzw. Übernehmer für die künftigen Schulden unbeschränkt, bei der Übernahme zusätzlich für die übernommenen Schulden – ausgenommen bleiben im Falle der Übernahme nur die ausdrücklich ausgeschlossenen Passiven, vgl. WIKI, 83, N.20.

sche und in der Regel beschränkte Haftung für Gesellschaftsschulden.¹⁴⁴ Beschränkt ist sie auf den Umfang der ursprünglich, d.h. vor dem Ausscheiden eingetragenen Kommanditsumme, soweit ein entsprechender Betrag nicht bereits durch Leistungen in das Gesellschaftsvermögen konsumiert war. In der Ausrichtung der Abfindungssumme bzw. bereits in der Entstehung des – schuldrechtlichen – Abfindungsanspruchs wird jedoch in der Regel eine Rückerstattung der Einlage liegen, die die Haftung für vor dem Zeitpunkt des Ausscheidens entstandene Gesellschaftsverbindlichkeiten grundsätzlich im entsprechenden Ausmass wieder aufleben lässt.¹⁴⁵ Die fünfjährige Frist von Art. 591 OR gilt auch für Haftungsansprüche der Gläubiger bzw. der Konkurs- oder Liquidationsmasse bei einem Aufleben der Haftung, gestützt auf – in Abweichung von der gesetzlichen Beschränkung getätigte – Bezüge von Zinsen und Gewinnanteilen.¹⁴⁶

2.1.2 Verjährung

Massgebend für eine Verjährung der Forderungen ist nicht die gewöhnliche zehnjährige, sondern im Interesse des Ausgeschiedenen¹⁴⁷ eine auf fünf Jahre verkürzte Frist (Art. 591 I OR), die gemäss Art. 619 I OR, ausdrücklich auch auf den Kommanditär Anwendung findet.¹⁴⁸ Es soll dadurch die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern, insbeson-

¹⁴⁴ Vgl. V vorst. Gerechtfertigt dadurch, dass Ausscheiden – wie auch Liquidation der Gesellschaft – ohne Befragung und ohne Mitspracherecht der Gläubiger durchgeführt wird, s.a. MANGOLD, 84; WIEDEMANN, 149, allerdings zu weitgehend die zusätzliche Begründung «... da das Gesellschaftsvermögen nicht gegen den Willen der Gläubiger verkürzt werden darf». Das Gesellschaftsvermögen selbst ist variabel, verbleiben muss den Gläubigern der Haftungsanspruch.

¹⁴⁵ Vgl. HARTMANN, N.13 zu Art. 610 OR, SIEGWART, N.34 zu Art. 610/12 OR; anders falls die Zahlung der Abfindungssumme aus dem Privatvermögen von Dritten oder Gesellschaftern stammte, s.a. HUECK, 147; letzteres allerdings nicht unbestritten in der deutschen Lehre, vgl. zum Ganzen noch nachst. VIII 4.1.

¹⁴⁶ So ausdrücklich BGE 45 II 541, HARTMANN, N.7 zu Art. 611 OR, VON STEIGER, 652; s.a. nachst. VIII 4.2.2, bei Fn.167.

¹⁴⁷ Bzw. seiner Erben, HARTMANN, N.5 zu Art. 591 OR.

¹⁴⁸ Im Falle der Übernahme von Aktiven und Passiven, geschehe sie durch einen Dritten oder durch einen Gesellschafter (Kritik an dieser Gleichstellung bei WIKI, 111), wird die Frist sogar auf zwei Jahre verkürzt (Art. 592 II OR, vgl. schon BGE 46 II 468 Erw.1, s.a. 108 II 107 Erw.3) und erhält die Rechtsnatur einer Verwirkungsfrist, WIKI, 93, zweifelnd Minderheit OGer.ZH in SJZ. 33(1936/37)105. Für den Übernehmer, auch den übernehmenden (ehemaligen) Kommanditär gilt hingegen die ordentliche Verjährungsfrist (Art. 592 II OR). Gleich vermuthlich für den allein fortsetzenden Gesellschafter, vgl. WIKI, 84 f. Zum Verhältnis der Fristen zueinander vgl. WIKI, 92 ff.

dere bezüglich ihrer Regressansprüche gefördert werden.¹⁴⁹ Die Frist ist nicht anwendbar bei einer zum Schein errichteten KG.¹⁵⁰ Ebenso wenig, wenn die Forderung an sich unverjährbar ist¹⁵¹ oder die Haftung nicht auf dem Gesellschaftsverhältnis, sondern z.B. auf einer Solidarbürgschaft des Kommanditärs beruhte.¹⁵² Die verkürzte Verjährungsfrist entfällt schliesslich, wenn die KG überhaupt nicht im Handelsregister eingetragen war,¹⁵³ weil diesfalls das Ausscheiden des Kommanditärs weder eingetragen noch publiziert werden konnte, sowie wenn die Eintragung ungültig war.¹⁵⁴ Sofern wegen der Natur der Forderung eine unter fünf Jahren liegende Verjährungsfrist gilt, kommt der Ausgeschiedene in Genuss dieser kürzeren Frist (Art. 591 I OR a.E.), wie ihm überhaupt die Einreden der Gesellschaft kraft dem Prinzip der Akzessorietät erhalten bleiben.¹⁵⁵

Die kurze Verjährungsfrist wirkt sich gemäss Absatz 1 von Art. 591 OR gegenüber Gesellschaftsgläubigern und damit auch gegenüber Gesellschaftern, die in dieser Rolle auftreten, aus,¹⁵⁶ nicht aber auf Ansprüche der Gesellschafter untereinander.¹⁵⁷

Die fünfjährige Frist kommt darüber hinaus in Fällen zum Zuge, da nach dem Ausscheiden des Kommanditärs eine Auflösung der Gesellschaft

¹⁴⁹ So HARTMANN, N.2 zu Art. 591 OR.

¹⁵⁰ Vgl. HARTMANN, N.7 zu Art. 591, N.23 zu Art. 552, N.13 zu Art. 568, N.6 zu Art. 608 OR; WIELAND, 728.

¹⁵¹ Z.B. grundpfandversicherte (kritisch hiezu BISCHOFF, 138 f.), nicht aber auf Verlustschein aus dem Gesellschaftskonkurs abgestützte Forderung, s. SIEGWART, N.1 zu Art. 591/93 OR, HARTMANN, N.6 zu Art. 591 OR, MANGOLD, 58, BREITENBACH, 76 f.; Berner Appellations- und Kassationshof in SJZ 1(1904/5)208 (112), Kantonsgericht SG in SJZ 11(1914/15)118 (31).

¹⁵² Vgl. HARTMANN, N.30 zu Art. 619, N.8 zu Art. 591, N.44 zu Art. 568 OR, SIEGWART, N.1 zu Art. 591/93 OR; s.a. nachst. § 13, III.

¹⁵³ So HARTMANN, N.11 zu Art. 591 OR.

¹⁵⁴ Vgl. SIEGWART, N.8 zu Art. 591/93 OR, VON STEIGER, 586/87; BGE 17/505, 83 II 41 ff., 49. — Sie entfällt hingegen m.E. keineswegs, entgegen BREITENBACH, 74, wenn die Gesellschaftsschuld schon früher fällig geworden war. Dies ist m.E. sogar das Hauptanwendungsgebiet dieser Vorschrift. Darüber hinaus soll sich der Kommanditär die zugunsten der Gesellschaft bereits abgelaufene Verjährungsfrist sogar voll auf seine 5-jährige Frist anrechnen können, vgl. nachst. Fn.155.

¹⁵⁵ Vgl. vorst. V 4., nachst. IX 2.4.1. Das bedeutet auch, dass sich der Gesellschafter denjenigen Teil der Verjährung anrechnen darf, der schon zugunsten der Gesellschaft abgelaufen ist, vgl. SIEGWART, N.3 zu Art. 591/93 OR, MANGOLD, 43 f.; BGE 83 II 49 f.

¹⁵⁶ Vgl. VON STEIGER, 586, z.B. auch für Abfindungsguthaben nach vorst. vertretener Ansicht.

¹⁵⁷ Regressansprüche, Schadenersatzansprüche etc., vgl. SIEGWART, N.16 zu Art. 591/93 OR, HARTMANN, N.30 zu Art. 619, N.13 zu Art. 591 OR; SJZ 34(1937/38)217 (158); zur Unterscheidung s.a. Pra. 1/15; gl. BOHNENBERG, Anm. I zu § 159 HGB.

stattfindet, desgleichen gegenüber den Liquidatoren¹⁵⁸ bzw. der Konkursverwaltung¹⁵⁹ wenn diese die Einwerfung eines der Kommanditsumme entsprechenden Betrages¹⁶⁰ in die Liquidations- oder Konkursmasse verlangen.¹⁶¹

Die Möglichkeiten der *Verjährungsunterbrechung* sind für den Ausgeschiedenen in Art. 593 OR¹⁶² klar geregelt. Demgemäss vermag eine Unterbrechung der Verjährung gegenüber der Gesellschaft oder gegenüber den fortsetzenden Gesellschaftern die Verjährungsfrist gegenüber dem Ausgeschiedenen – in Abweichung von Art. 136 OR¹⁶³ – nicht zu unterbrechen. Der Ausgeschiedene kann auf die Angelegenheiten der Gesellschaft nunmehr überhaupt nicht mehr einwirken und soll daher nicht in eine erschwerende Verlängerung seiner Haftung gedrängt werden können.¹⁶⁴ Positiv gewendet wird die Verjährung gegen den Ausgeschiedenen nur unterbrochen durch Rechtshandlungen, die gegen ihn selbst gerichtet sind oder – wie ergänzend festgehalten wird – von ihm ausgehen.¹⁶⁵

Die Verjährungsfrist von Art. 591 I OR¹⁶⁶ beginnt gegenüber dem Gläubiger ab Veröffentlichung des Ausscheidens des Kommanditärs im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu laufen.¹⁶⁷ Die Kenntnis des Dritten ist unerheblich;¹⁶⁸ umgekehrt ist sie notgedrungen entscheidend für den

¹⁵⁸ Und zwar ausschliesslich, da diese nach hier vertretener Ansicht, vgl. vorst. § 1. VI 2.1. nachst. IX 2.1 – entgegen VON STEIGER, 652, s.a. 651 – kein Recht zur Einforderung der Kommanditeinlage des Kommanditärs haben. Keiner der von VON STEIGER zitierten Autoren, d.h. weder HARTMANN, N.30 zu Art. 619 OR noch SIEGWART, N.20 zu Art. 619 OR, behaupten Entsprechendes. Gemäss SIEGWART, a.a.O. ist der Anspruch der Liquidatoren ausdrücklich kein Anspruch der Gesellschafter untereinander und aus diesem Grunde die spezielle Verjährungsfrist von Art. 591 I OR anwendbar, gl. HARTMANN, a.a.O.

¹⁵⁹ Als Vertretern der «organisierten Gläubigergemeinschaft», so HARTMANN, N.19 und N.20 zu Art. 610 OR, vgl. nachst. IX 2.1.

¹⁶⁰ Soweit noch nicht geleistet oder zurückerstattet, Art. 610 II OR; vgl. dazu nachst. VIII.

¹⁶¹ Vgl. VON STEIGER, 652, HARTMANN, N.30 zu Art. 619 OR, SIEGWART, N.20 zu Art. 619 OR.

¹⁶² So schon aOR Art. 588 – nicht Art. 595, wie bei VON STEIGER, 587, irrtümlich erwähnt.

¹⁶³ So auch MANGOLD, 87; s. bereits BGE 17/506.

¹⁶⁴ Vgl. auch HARTMANN, N.4 zu Art. 593 OR, VON STEIGER, 587, MANGOLD, 86.

¹⁶⁵ Vgl. SIEGWART, N.9 zu Art. 591/93 OR, VON STEIGER, MANGOLD, je a.a.O.

¹⁶⁶ M.E. auch diejenige von Art. 592 II OR.

¹⁶⁷ Vgl. z.B. BGE 83 II 48. Genau: am nächsten Werktag «der auf den aufgedruckten Ausgabetag derjenigen Nummer des SHAB folgt, in der die Eintragung veröffentlicht ist», vgl. Art. 932 II OR; s.a. His, N.111 und N.125 zu Art. 932 OR, GAUCH, 143; anders noch STIFFLER, 79 (Eintrag massgebend). – Die Frist kann abgelaufen sein, bevor der Kommanditär belangbar wird, vgl. BISCHOFF, 138, sowie nachst. IX 1.

¹⁶⁸ Vgl. SIEGWART, N.19 zu Art. 619 OR, BISCHOFF, 137.

Beginn der – gewöhnlichen – Verjährungsfrist, falls die KG überhaupt nicht eingetragen war.¹⁶⁹

Wird die Forderung selbst erst nach dem Ausscheiden des Kommanditärs fällig, so ist dieser spätere Zeitpunkt¹⁷⁰ für den Beginn des Fristenlaufs massgebend (Art. 591 II OR). Auch im Zusammenhang mit der Haftung stellt sich somit die Frage nach der Behandlung von schwebenden Verbindlichkeiten.¹⁷¹

Wesentlich ist in jedem Fall – auch wenn vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt –, dass der Rechtsgrund im Sinne des Entstehungsgrundes der Forderung vor dem Zeitpunkt des Ausscheidens verwirklicht wurde.¹⁷² Denn die Fortdauer der Haftung liegt in der Tatsache begründet, dass der Ausgeschiedene zu jenem Zeitpunkt noch Gesellschafter war¹⁷³ bzw. durch den Beitritt die Haftung für die Forderung von Gesetzes wegen übernommen hat.¹⁷⁴ Dass dem ausgeschiedenen Gesellschafter die Schuld bekannt war, ist wiederum nicht erforderlich.¹⁷⁵ Die Grenzziehung im Einzelfall, insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen, ist im übrigen oft heikel.

Wann der Rechtsgrund gesetzt wurde, hängt jedenfalls von der Natur der Verpflichtung (einseitiger Rechtsakt, Vertrag, Delikt)¹⁷⁶ und sodann allge-

¹⁶⁹ So auch SIEGWART, N.19 zu Art. 619 OR.

¹⁷⁰ So z.B. bei Darlehen und anderen Forderungen, die auf Kündigung gestellt sind, gemäss Art. 130 II OR der Tag, auf den die Kündigung erstmals zulässig war; vgl. HARTMANN, N.12 zu Art. 591 OR; BGE 46 II 468. – Ein späterer Fälligkeitstermin und damit ein separater Beginn des Fristenlaufs zufolge erst nach der Publikation des Ausscheidens erfolgter *Auszahlung* des Abfindungsguthabens, so LEHMANN/DIETZ, 209, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 22 zu § 177 HGB, kann jedoch keinesfalls anerkannt werden. Massgebend ist erstens klar die Fälligkeit (auch gem. dem analogen § 159 III HGB); diese tritt zweitens nach hier vertretener Ansicht mit Entstehung des Abfindungsanspruchs und damit mit Eintreten des Ausscheidensgrundes ein. Vgl. vorst. § 7, V.

¹⁷¹ Vgl. dazu bereits vorst. § 7, IV 1 und 2. – Zum Begriff im Haftungszusammenhang ausführlich BREITENBACH, 25 ff.

¹⁷² Vgl. VON STEIGER, 421, 557, 560, SIEGWART, N.4 zu Art. 610/12, N.12 zu Art. 568/69, N.5 zu Art. 576, N.19 zu Art. 619, N.34 und N.52 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.8 zu Art. 610, N.11 zu Art. 576, N.11 zu Art. 568 OR, BOLLMANN, 95, MANGOLD, 85, BREITENBACH, 27; BGE 44 II 307; BOHNENBERG, Anm. V zu § 172 HGB, GAMP/WERNER, 1, 5 ff.

¹⁷³ Auch das Ausscheiden eines Kommanditärs führt demnach zur Aufstellung von 2 Kollokationsplänen im Liquidations- und Konkursfalle, vgl. u.a. SIEGWART, N.52 zu Art. 610/12 OR, nachst. IX 2.2.

¹⁷⁴ Art. 612 I OR, s. vorst. Ziff. 1.2; HARTMANN, N.8 zu Art. 610, N.11 zu Art. 568 OR.

¹⁷⁵ Vgl. SIEGWART, N.5 zu Art. 576 OR, HARTMANN, N.11 zu Art. 576 OR.

¹⁷⁶ Bezüglich des Zeitpunktes der Entstehung für ein nach dem Ausscheiden des Gesellschafters gewährtes Darlehen, für welches die bindende Zusage bereits vor dem Ausscheiden erfolgt war, vgl. GAMP/WERNER, 1 f.

mein von den konkreten Umständen des Falles ab (z.B. Offerte mit oder ohne Befristung). Schwierig ist es oft, die zeitliche und sachliche Tragweite des Rechtsgrundes zu bestimmen.¹⁷⁷ Immerhin soll der Ausgeschiedene nicht für die durch die Gesellschaft oder Mitgesellschafter später veranlassten «schulderweiternden» Umstände haften,¹⁷⁸ kann sich aber auf die «schuldeinschränkenden» berufen.¹⁷⁹

Die erwähnte Regel als solche wird auch bei Dauerschuldverhältnissen anerkannt, doch bieten diese besondere Schwierigkeiten.¹⁸⁰ Denn hier stossen die Interessen des Ausgeschiedenen an der baldmöglichst vollständigen Befreiung und die der Gesellschaftsgläubiger auf Beibehaltung der Haftung des Ausgeschiedenen besonders hart aufeinander.¹⁸¹ Der Gesellschaftsgläubiger hat sich bei Eingehen des Vertrags auf die bei der Gesellschaft vorhandenen Haftungen verlassen; der Gesellschafter hat ein verständliches Interesse, aus Verpflichtungen, an deren Abwicklungen er nicht mehr mitwirken kann, entlassen zu werden. Letzteres ist allerdings für den Kommanditär in der Regel weniger gravierend, da er schon während seiner Mitgliedschaft nur reduzierte Einwirkungsmöglichkeiten hatte.¹⁸²

Zusammengefasst besteht zwar grundsätzlich Haftung auch für laufende Verbindlichkeiten aus langfristigen Verträgen, die erst nach Ausscheiden des Kommanditars viele weitere Fälligkeiten bewirken (Art. 591 II OR). Es darf aber die Belastung für den Ausgeschiedenen nicht übermässig werden.

¹⁷⁷ Vgl. VON STEIGER, 421, N.218.

¹⁷⁸ So SIEGWART, N.5 zu Art. 576 OR, gem. BREITENBACH, 28, insbes. sämtliche «Abwicklungsgeschäfte», gem. VON STEIGER, 422, z.B. nicht für Verlängerung des Schuldverhältnisses, Zahlungsaufschübe, Erhöhung von Kreditlimiten.

¹⁷⁹ Vgl. BREITENBACH, 29.

¹⁸⁰ S.a. VON STEIGER, 421/22, eingehend SIEGWART, N.5 zu Art. 576 OR, HARTMANN, N.11 zu Art. 576 OR.

¹⁸¹ Vgl. VON STEIGER, 421, s.a. ULMER/WIESNER, 409 f., zum Interessenausgleich aufgrund von § 159 HGB allgemein, sowie auf S.411 ff. insbes. bei Dauerschuldverhältnissen, S.421 f. für Ansprüche aus fortbestehenden Arbeitsverhältnissen, S.422 ff. für Ruhegeldansprüche, s.a. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1102 ff.

¹⁸² Vgl. Art. 600 OR.

2.1.3 Enthaftung und Entlassung aus der Haftung

Als möglicher Ausweg zur Klärung der Situation zwischen Gläubiger und Ausgeschiedenem bietet sich das Institut der *Enthaftung* an. Diese kann wie mehrfach erwähnt durch Verabredung mit den Gesellschaftsgläubigern im Prinzip jederzeit herbeigeführt werden.¹⁸³ Im Vordergrund steht die Möglichkeit einer stillschweigenden, aufgrund von konkludentem Verhalten zustande gekommenen Vereinbarung, welche der einseitigen Entlassung¹⁸⁴ aus der Haftung¹⁸⁵ gleichkommt. Diese Möglichkeit wird von Lehre und Praxis vor allem in Bezug auf langfristige Verpflichtungen recht grosszügig gewährt.¹⁸⁶ So gilt der Ausgeschiedene regelmässig als auf den nächsten Kündigungstermin – für die in der Folge entstehenden Verpflichtungen – aus der Haftung entlassen.¹⁸⁷ Möglich ist auch die Befreiung des Ausgeschiedenen zufolge Berufung auf eine Kündigung aus wichtigem Grund,¹⁸⁸ sowie schliesslich – im Sinne eines Notventils – gestützt auf Art. 2 ZGB.¹⁸⁹

¹⁸³ Zulässig gem. REICHEL, 210, da die Haftung im Interesse des Gläubigers besteht und er folglich auch darauf verzichten kann.

¹⁸⁴ So noch ausdrücklich aOR Art. 589 – im Rahmen der Revision gestrichen aufgrund der irrthümlichen Annahme, er sei mit Art. 181 II OR nicht vereinbar, vgl. SIEGWART, N.10 zu Art. 591/93 OR, ProtExpKomm, 112.

¹⁸⁵ Vgl. VON STEIGER, 422, s.a. 557, aOR Art. 589, s.a. REICHEL, 214, (seine Ausführungen beschlagen zwar die *gegenständlich* beschränkte Haftung, vgl. S.205, 216, sind jedoch auf die vorliegende *summenmässig* beschränkte Haftung weitgehend übertragbar), HARTMANN, N.8 zu Art. 610, N.11 zu Art. 568, N.15 zu Art. 591 OR; Entlassung aus der Schuld: SIEGWART, N.10 zu Art. 591/93 OR, HARTMANN, N.15 zu Art. 591 OR. – Grundsätzlich gleiche Unterscheidung zwischen Enthaftung und Entlassung bei REICHEL, 213/214, leicht abweichende Begriffsbildung bei BREITENBACH, 29: «Haftentlassung» durch Vertrag mit dem Gläubiger; Prüfung der Enthaftung auch in Fällen der Übernahme mit Aktiven und Passiven, vgl. z.B. SJZ 9(1912/13)53 (11).

¹⁸⁶ Vgl. auch die Kasuistik bei BREITENBACH, 36 ff. Kritik an der zu grosszügigen Gewährung der *de lege lata* (aufgrund von § 159 HGB) nicht vertretbaren Enthaftung gem. deutscher Praxis bei HÖNN, 315 f., 325 f., ähnlich ULMER/WIESNER, 402, beide auf eine Regelungslücke in § 159 HGB verweisend. Abs. 3 insbes. (entsprechend Abs. 3 von Art. 591 OR) sei eine «gesetzestechnische Folge der auf französisches Vorbild zurückgehenden Verwendung des Instruments der Verjährung» und solle die grundsätzlich 5-jährige «Enthaftungsfrist» nicht in Frage stellen. Sie sei insbes. nicht auf Dauerschuldverhältnisse zugeschnitten, vgl. ULMER/WIESNER, 424.

¹⁸⁷ Vgl. VON STEIGER, 421 f., BOLLMANN, 96, MANGOLD, 85, s.a. SIEGWART, N.5 zu Art. 576 OR; BGE 46 II 469. Herrschende Meinung auch für das deutsche Recht gemäss HUECK, 120, mit Zitaten, zur Problematik vgl. auch WIELAND, 640, inkl. Anm. 18 und 19. Kritik bei HÖNN, vgl. Fn.186 vorst. – v.a. auch an der Ausdehnung des Begriffs eines «Dauerschuldverhältnisses», vgl. dens., S.306 ff., Kritik an der Kündigungstheorie insbes. auch bei ULMER/WIESNER, 404 f., 425.

¹⁸⁸ So VON STEIGER, 422, SIEGWART, N.5 zu Art. 576 OR.

¹⁸⁹ So VON STEIGER, a.a.O., HARTMANN, N.11 zu Art. 576 OR.

Im übrigen wird eine solche Enthftung bzw. Entlassung jedoch nicht vermutet.¹⁹⁰ Die Beweispflicht für den unzweifelhaften Entlassungswillen des Gesellschaftsgläubigers liegt beim Gesellschafter.¹⁹¹ So vermag eine bloss Fortsetzung des Geschäftsverkehrs nicht zu genügen.¹⁹² Eine Entlassung wird auch nicht ohne weiteres angenommen, wenn anstelle eines alten ein neuer Kommanditär eingetreten ist¹⁹³ oder wenn die Anmeldung der Forderung in einem späteren Konkurs der KG erfolgt.¹⁹⁴

Ein positives Indiz für die Entlassung liegt z.B. in einer Weiterkreditierung einer Darlehensschuld, die wenige Tage nach Ausscheiden fällig geworden war,¹⁹⁵ auch in der einfachen Erklärung eines Gläubigers, er habe vom Ausscheiden Kenntnis genommen unter Fehlen jeder Andeutung, dass er an der Haftung des Ausgeschiedenen festhalte, dies obwohl sich die Beziehungen mit der fortsetzenden Gesellschaft verschlechtert hatten.¹⁹⁶ Generell ist gemäss SIEGWART¹⁹⁷ die Entlassung bei Ausscheiden schneller anzunehmen als bei Geschäftsübertragung.

Ob eine Saldoziehung, die nicht sofort beim Ausscheiden, sondern am Ende der ordentlichen Kontokorrentperiode vorgenommen wurde, eine Entlassung betreffend der einzelnen, noch während der Mitgliedschaft eingesetzten Posten bedeute, ist umstritten.¹⁹⁸

Die fortsetzenden Gesellschafter ihrerseits vermögen den Ausscheidenden nicht umfassend von der Haftung zu befreien. Sie können sich m.E. auch nicht rechtsgültig zu einer Entlassung durch die Gläubiger verpflichten.

¹⁹⁰ Vgl. HARTMANN, N.11 zu Art. 576, N.11 zu Art. 568, N.8 zu Art. 610 OR.

¹⁹¹ Vgl. HARTMANN, N.31 zu Art. 574 OR; ZR 1(1902)93, 8(1909)140; so auch BGE 19/918, unter Hinweis auf die allgemeinen Grundsätze über die Novation.

¹⁹² Vgl. BGE 42 III 139, ZR 2(1903)220.

¹⁹³ Vgl. SIEGWART, N.10 zu Art. 591/93 OR; BGE 19/401, 29 II 660, ZR 2(1903)220. Zur Frage der Enthftung bei von einer Bank vor dem Ausscheiden zugesagten und nach dem Ausscheiden gewährten Krediten vgl. GAMP/WERNER, 11 ff.

¹⁹⁴ Vgl. HARTMANN, N.8 zu Art. 610 OR; BGE 29 II 660, ZR 2(1903)220; s.a. LEHMANN, 86 ff.: allgemeine Anhaltspunkte, die nicht für eine Annahme eines Verzichtwillens des Gläubigers sprechen. Differenzierend zwischen Rechtshandlungen gegenüber der fortbestehenden Gesellschaft – gegenüber dem Ausgeschiedenen selber, ders., 92 ff.

¹⁹⁵ Vgl. SIEGWART, N.11 zu Art. 591/93 OR, BIHE 12/331.

¹⁹⁶ BIHE, a.a.O.

¹⁹⁷ N.11 zu Art. 591/93 OR; s.a. BGE 19/920.

¹⁹⁸ Dazu SIEGWART, N.12 zu Art. 591/93 OR; BGE 19/408, BIHE 12/113, unentschieden BGE 29 II 660. Zu Problemen der Novation auch OGer.AR in SJZ 9(1912/13)53 (11) und I. Appellationskammer ZH in SJZ 5(1908/9)358 (553). BGE 19/913 ff., alles Fälle der Übernahme der Gesellschaft mit Aktiven und Passiven, Verallgemeinerung des Entscheides aus BGE 19/401 ff. abgelehnt.

ten,¹⁹⁹ denn dies käme einem unzulässigen Vertrag zulasten Dritter gleich. Umgekehrt hat der Ausgeschiedene auch keinen Anspruch auf Befreiung durch seine Mitgesellschafter.²⁰⁰ Die Mitgesellschafter können dem Ausgescheidenden lediglich versprechen, die betreffenden Gläubiger zu befriedigen²⁰¹ oder auf eine Entlassung durch sie hinzuwirken.²⁰² Diese Bemühungen rechtfertigen sich vor allem dann, wenn (was die Regel ist) dem Ausgescheidenden bei Feststellung des Abfindungsanspruchs bestehende Gesellschaftsschulden angerechnet worden sind. Allenfalls können die Fortsetzenden ihm für sein Risiko eine Sicherstellung leisten.²⁰³ Eine völlige Absicherung, d.h. ein Verbot der Gläubiger, auf den ausgeschiedenen Kommanditär zu greifen jedoch kann auf keinem dieser Wege erreicht werden, sondern höchstens ein Schadenersatzanspruch, welcher dem Ausgeschiedenen gegenüber seinem allfälligen Regressanspruch bei Belangung durch einen Gläubiger kaum Vorteile, beweismässig eher Nachteile bringt.²⁰⁴ Demnach auch über ein solches Regressrecht verfügt der belangte ausgeschiedene Kommanditär regelmässig in *vollem* Ausmasse.²⁰⁵ Dies gilt gegenüber der Gesellschaft (in Liquidation), aber auch gegenüber den ehemaligen Mitgesellschaftern, denn der ausgeschiedene Gesellschafter ist einem Drittgläubiger gleichgestellt.²⁰⁶ Anders grundsätzlich, falls die betreffende Schuld in der Abfindungsbilanz unberücksichtigt geblieben war.²⁰⁷ Jedoch muss in diesem letzteren Falle die (subsidiäre) Begrenzung

¹⁹⁹ Vgl. SIEGWART, N.13 zu Art. 591/93 OR, zumindest unpräzis HARTMANN, N.12 zu Art. 576 OR (vgl. aber N.30 zu Art. 610 OR), BOLLMANN, 97, BREITENBACH, 81.

²⁰⁰ So SIEGWART, N.8 zu Art. 577 OR für den Ausgeschlossen.

²⁰¹ Vgl. SIEGWART, N.6 zu Art. 576 OR, WIKI, 52, BREITENBACH, 81.

²⁰² Vgl. SIEGWART, N.13 zu Art. 591/93 OR.

²⁰³ Vgl. HARTMANN, N.12 zu Art. 576 OR, BOLLMANN, 87, SCHÄEDLER, 49; s.a. die dispositive Regelung in § 738 BGB, geltend für die OHG und deutsche KG.

²⁰⁴ Wichtig die Unterscheidung zwischen der unbestrittenen solidaren Haftung des Ausgeschiedenen mit den ehemaligen Mitgesellschaftern gegenüber Dritten von der Frage, ob die verbleibenden Gesellschafter dem Ausgeschiedenen für *seinen* Regressanspruch nur anteilmässig oder aber ihrerseits wiederum solidarisch, also voll haften; s. dazu auch BOLLMANN, 99, sowie direkt nachst. im Text.

²⁰⁵ D.h. ohne Abzug eines seiner ehemaligen Verlusttragungspflicht entsprechenden Anteils – entgegen Art. 148 II OR. Vgl. SIEGWART, N.41 zu Art. 568/69, N.6 zu Art. 576, N.16 zu Art. 591/93 OR, BREITENBACH, 85 f., HARTMANN, N.12 zu Art. 576 OR (widersprüchlich in N.33 zu Art. 568 OR, zu global in N.33 zu Art. 610 OR), BOLLMANN, 98, SCHÄEDLER, 49, VON STEIGER, 422, vgl. aber S.557 i.V. mit S.543!

²⁰⁶ Vgl. z.B. MANGOLD, 87, VON WYSS, 31, vgl. auch zur Rechtsnatur des Abfindungsanspruchs vorst. § 7, III 2. – Regressansprüche des ausgeschiedenen Gesellschafters und Regress eines fortsetzenden Gesellschafters sind somit verschieden zu behandelnde Tatbestände, s.a. BOLLMANN, 99.

²⁰⁷ So VON STEIGER, 422, BOLLMANN, 98.

des definitiven Verlustanteils eines Kommanditärs berücksichtigt bleiben, d.h. dass sein Regressrecht maximal um den Betrag der ursprünglich vereinbarten Kommanditeinlage gekürzt werden darf.²⁰⁸

2.2 Übertragung der Mitgliedschaft unter Lebenden

Für den im Zusammenhang mit einer Übertragung der Mitgliedschaft²⁰⁹ ausgeschiedenen Kommanditär gelten ebenfalls die obgenannten Verjährungsfristen.²¹⁰ Komplex und umstritten sind Fragen des *Ausmasses* der Haftungen von Veräußerer und Erwerber, insbesondere bezüglich Anrechenbarkeit der von dem einen oder anderen geleisteten bzw. dem einen oder anderen zurückerstatteten Einlagen.²¹¹

2.3 Übertragung der Mitgliedschaft von Todes wegen

Falls Erben aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung²¹² in die Kommanditärstellung eintreten, gilt für sie die normale Kommanditär-Haftung. Die Frage der Verjährung stellt sich dann, wenn ein Kommanditär ausgeschieden und innerhalb der fünfjährigen Verjährungsfrist gestorben war. Diesfalls treten seine Erben in die restliche Verjährungsfrist ein.²¹³

2.4 Auflösung der Gesellschaft

Auch von der Auflösung der Gesellschaft bleiben die Ansprüche der Gläubiger grundsätzlich unberührt.²¹⁴ Grundsätzlich gilt dieselbe Verjährungsordnung wie bereits für den Ausgeschiedenen dargestellt.²¹⁵

Allerdings sind alle Gesellschafter – dies ein wichtiger Unterschied zum Ausscheiden – ab Moment der Auflösung der Gesellschaft, d.h. ohne jegliches Abwarten der Abwicklung von Liquidation oder Konkurs, voll

²⁰⁸ Soweit sie – ausnahmsweise – noch nicht geleistet, d.h. «rückständig» war, vgl. Art. 601 I OR sowie vorst. § 10, II 2.

²⁰⁹ Sogenannte «Übertragung der Kommandite».

²¹⁰ Art. 591 OR, vgl. vorst. Ziff. 2.1.2, sowie VON STEIGER, 648, BOHNENBERG, Anm. III zu § 173 HGB.

²¹¹ Dazu noch nachst. VIII 5.

²¹² Als Voraussetzung für eine Weiterführung der Mitgliedschaft nach hier vertretener Auffassung, vgl. dazu vorst. § 8, II.

²¹³ Vgl. HARTMANN, N.4 zu Art. 591 OR.

²¹⁴ Vgl. HARTMANN, N.2 zu Art. 591 OR.

²¹⁵ Vgl. vorst. Ziff. 2.1.2, Art. 591 I OR.

belangbar. Dies gilt auch für die bereits Ausgeschiedenen, soweit die Verjährungsfrist für sie noch nicht abgelaufen ist.²¹⁶

Eine Vereinfachung der Geltendmachung gilt bei Auflösung der Gesellschaft gegenüber dem Ausscheiden auch insoweit, als nicht zwischen alten und neuen, d.h. vor und nach einem gewissen Zeitpunkt entstandenen Schulden zu unterscheiden ist. Die Gesellschafter haften vielmehr schlechthin für alle bei Auflösung vorhandenen Schulden.²¹⁷ Im Rahmen einer Liquidation haften sie darüber hinaus für zulässige oder von ihnen genehmigte neue Geschäfte, die die Liquidatoren für die Gesellschaft abschliessen.²¹⁸ Der Gläubiger hat für die Darlegung seines Anspruchs lediglich eine Beziehung des betreffenden Geschäfts zur Liquidation nachzuweisen.²¹⁹ Nicht erlaubt und damit nicht der Gesellschafterhaftung unterliegend sind auch nach revOR Rechtsgeschäfte, die allein einer «werbenden Gesellschaft» zustehen,²²⁰ namentlich Geschäfte spekulativer Art. Auch hier ist die Grenzziehung manchmal nicht einfach.²²¹ Grundsätzlich sind jedenfalls die Gesellschafter auch für diese letzteren Verbindlichkeiten sofort belangbar;²²² gleiches gilt an sich für den Kommanditär im Rahmen seiner beschränkten Haftung.²²³ Ist er gar selbst Liquidator, haftet er gutgläubigen Dritten gegenüber unbeschränkt, sofern er sich nicht ausdrücklich als «Liquidator»²²⁴ zu erkennen gibt.²²⁵ – Den Verjährungsbeginn bildet diesfalls nicht die Auflösung, sondern analog Art. 591 II OR die Fälligkeit dieser nach der Auflösung entstandenen Forderung.²²⁶

Generell beginnt die Verjährungsfrist im übrigen mit der Veröffentlichung der Auflösung der Gesellschaft im Schweizerischen Handelsamtsblatt, d.h. mit der Veröffentlichung des Beginns der Liquidation bzw.

²¹⁶ Vgl. Art. 568 III, Art. 610 I OR; statt vieler SIEGWART, N.14 und N.18 zu Art. 568/69 OR.

²¹⁷ Auch wenn der Anspruch selbst bei Auflösung der Gesellschaft noch nicht bekannt war; es genügt, dass er dem Rechtsgrund nach bestand, vgl. BGE 44 II 307.

²¹⁸ Art. 585 II OR.

²¹⁹ So HARTMANN, N.20 zu Art. 585 OR.

²²⁰ Vgl. VON STEIGER, 575.

²²¹ Vgl. auch SIEGWART, N.6 zu Art. 585/86 OR.

²²² Vgl. VON STEIGER, 575, SIEGWART, N.7 zu Art. 585 OR.

²²³ Vgl. HARTMANN, N.25 zu Art. 619 OR.

²²⁴ Der Kommanditär kann zum Liquidator ernannt werden, HARTMANN, N.24 zu Art. 619 OR.

²²⁵ Vgl. HARTMANN, N.25 zu Art. 619 OR, FURRER, 200; aufgrund von Art. 605 OR, vgl. dazu noch nachst. § 12, II 1.

²²⁶ Vgl. HARTMANN, N.12 zu Art. 591 OR, SIEGWART, N.2 zu Art. 591/93 OR.

des Konkursausbruchs²²⁷ – nicht etwa erst nach Löschung der Gesellschaft im Handelsregister.²²⁸ Die Kenntnisnahme durch die Gläubiger ist wiederum grundsätzlich unerheblich.²²⁹ Anders höchstens dann, wenn die Auflösung überhaupt nicht eingetragen worden oder der Eintrag nicht gültig war.²³⁰ War die KG als solche überhaupt nicht eingetragen, gelten überdies die gewöhnlichen Verjährungsfristen.

Die Verjährungsfrist beträgt wiederum fünf Jahre, weniger, falls wegen der Natur der Forderung eine kürzere Verjährungsfrist gilt (Art. 591 I OR). Der Gesellschafter kann sich allenfalls – aufgrund der akzessorischen Natur seiner Haftung – auf eine der Gesellschaft gegenüber bereits eingetretene Verjährung berufen.²³¹ Wiederum ist die Frist nicht anwendbar auf unverjährbare Forderungen.²³² Hiezu gehören aber Verlustscheine aus dem Konkurs der Gesellschaft in der Regel nicht.²³³ Für den Kommanditär insbesondere kommt dem Verlustschein höchstens dann praktische Bedeutung zu, wenn er selbst unbeschränkt haftet.²³⁴

Die kurze Verjährungsfrist bei Auflösung der Gesellschaft ist für die Gesellschafter deshalb von grosser Wichtigkeit, weil sich insbesondere die Liquidation über Jahre hinziehen kann und sich darüber hinaus Gesellschaftsschulden auch erst nach erfolgter Auseinandersetzung zeigen können. Der Geltendmachung der entsprechenden Forderungen aber sollen sie nicht endlos, auch nicht im Rahmen der gewöhnlichen Verjährungsfrist, ausgesetzt sein.²³⁵ Die Fortdauer der Haftung ist an sich schon

²²⁷ Vgl. SIEGWART, N.2 zu Art. 519/93, N.6 zu Art. 574 OR; – anders, wenn der Gesellschafter selbst in Konkurs fällt – SIEGWART, N.15 zu Art. 568 69 OR – mit weiteren Zitaten.

²²⁸ Vgl. HARTMANN, N.1 zu Art. 591 OR, ProtExpKomm, 105/6, vorst. § 5, I.

²²⁹ Vgl. SIEGWART, N.2 zu Art. 591/93 OR.

²³⁰ Vgl. HARTMANN, N.11 zu Art. 591 OR, VON STEIGER, 586.

²³¹ Vgl. VON STEIGER, 586.

²³² Vgl. vorst. Fn.151.

²³³ Vgl. SIEGWART, N.1 zu Art. 591/93 OR, HARTMANN, N.6 zu Art. 591, N.13 zu Art. 570 OR.

²³⁴ Vgl. HARTMANN, N.7 zu Art. 616 OR, s.a. nachst. § 12, III.

²³⁵ Gegenüber der Gesellschaft gilt, solange und soweit Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, nicht etwa die verkürzte Frist, vgl. Art. 592 I OR; allenfalls muss die Gesellschaft erneut eingetragen werden zwecks Verwertung von doch noch vorhandenen Aktiven. Vgl. SIEGWART, N.14 zu Art. 591/93 OR, HARTMANN, N.1 zu Art. 592 OR, VON STEIGER, 588. Gegenüber dem Kommanditär persönlich kann dadurch ein Fall verlängerter Verjährung wegen der besonderen Ausgestaltung seiner Haftung nicht geschaffen werden, – im Gegensatz zum Kollektivgesellschafter und Komplementär, der seinerseits Ansprüche an das unverteilte Gesellschaftsvermögen besitzt, welche dem Zugriff des Gesellschafters unterliegen – so HARTMANN, N.2 zu Art. 592 OR, SIEGWART, VON STEIGER, je a.a.O.

eine Ausnahmeregelung, ein wichtiges Hilfsmittel zur Ersetzung des fehlenden Grundkapitals im Sinne eines Haftungsfonds. Sie soll aber nicht überdehnt werden. Die gesetzliche Regelung bedeutet einen tragbaren Kompromiss zwischen den entgegenstehenden Interessen der Parteien, d.h. der Gesellschafter nach baldmöglichster völliger Befreiung von Gesellschaftsbelastungen, der Gesellschaftsgläubiger nach vollständiger Sicherung und Deckung ihrer Guthaben. Bei Auflösung der Gesellschaft²³⁶ sind die Gesellschaftsgläubiger im übrigen wie dargelegt weitgehend geschützt durch das sofortige Eintreten der Belangbarkeit der Gesellschafter.²³⁷ Umgekehrt kann die Frist schon während der Liquidation oder während des Konkursverfahrens ablaufen. Dem Gläubiger bleibt diesfalls der Anspruch gegenüber der Gesellschaft gewahrt, falls die normale Verjährungsfrist der Forderung noch läuft.²³⁸

Nicht ausdrücklich geregelt²³⁹ ist die Frage nach der Auswirkung einer Unterbrechung der Verjährungsfrist gegenüber der Gesellschaft bzw. einzelnen – nicht ausgeschiedenen – Gesellschaftern.

Eine Auswirkung der Verjährungsunterbrechung gegenüber der Gesellschaft zulasten der Gesellschafter allgemein wird von HARTMANN²⁴⁰ bekämpft. Er begründet seine Ablehnung vor allem mit der mangelnden Solidarität zwischen Gesellschaft und Gesellschafter hinsichtlich der Gesellschaftsschuld.²⁴¹ Gegenteiliger Ansicht sind SIEGWART²⁴², gestützt auf die Ansicht, Art. 593 OR stelle an sich schon eine Ausnahmebestimmung dar und VON STEIGER,²⁴³ vom Ergebnis her sowie aufgrund der Akzessorietät der Haftungsschuld,²⁴⁴ welche einen Gleichlauf der Bestim-

²³⁶ Darin inbegriffen die Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven durch einen Gesellschafter oder einen Dritten, vgl. Art. 592 II OR.

²³⁷ Im Gegensatz zum italienischen Recht, vgl. CCit. art.2304, welches die persönliche Belangbarkeit der Gesellschafter erst nach durchgeführter Vollstreckung eintreten lässt, vgl. vorst. V 1, Fn.66.

²³⁸ Vgl. SIEGWART, N.3 zu Art. 591/93 OR.

²³⁹ Im Gegensatz zum Ausscheiden, vgl. Art. 593 OR, dazu vorst. Ziff. 2.1.2.

²⁴⁰ N.3 zu Art. 593 OR.

²⁴¹ Vgl. dazu vorst. V 3; umgekehrt, d.h. im Resultat wie hier, STIFFLER, 81, aufgrund der Bejahung der Solidarität zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterschuld.

²⁴² N.4 zu Art. 591/93 OR – mit Ausnahme des Konkurses der Gesellschaft; s.a. MANGOLD, 87.

²⁴³ S.587 f., gestützt vorab auf BGE 83 II 41 ff.

²⁴⁴ Dazu vorst. V 4, s.a. MANGOLD, 46; die neue Frist ist zugunsten der Gesellschafter jedoch wieder die 5-jährige, auch im Falle von Art. 137 II OR, vgl. MANGOLD, 46 f. – Zur Verjährungsunterbrechung durch Konkurseingabe gegen die Gesellschaft, eingehend ders., 57 f., Ablehnung einer Unterbrechung der Verjährung durch Ausstellung eines Verlustscheins gegen die Gesellschaft, Berner Appellations- und Kassationshof in SJZ 1(1904/5)208 (112).

mungen über Verjährung und Unterbrechung nahelege. Das Bundesgericht²⁴⁵ schliesslich befürwortet eine generelle Auswirkung einer derartigen Unterbrechung, weil das Verhältnis der Gesellschafter zu Gesellschaft und Gesellschaftsschuld sogar enger sei als unter Solidarschuldnern und daher Art. 136 I OR a fortiori Anwendung finden müsse. Die letztgenannten Argumente leuchten überwiegend²⁴⁶ ein.²⁴⁷

Eine wechselseitige Auswirkung der Unterbrechung von Verjährungsfristen ist darüber hinaus zwischen den Gesellschaftern einer aufgelösten Gesellschaft zu bejahen.²⁴⁸ Diese haften untereinander unbestrittenermassen solidarisch, wodurch Art. 136 I OR ohne weiteres anwendbar erscheint.²⁴⁹

Betreffend Forderungen der Gesellschafter untereinander sowie Enthaftung bzw. Entlassung eines Gesellschafters aus der Haftung gelten die vorstehenden Darlegungen.²⁵⁰ Anzuführen ist noch der Fall, dass ein Gesellschafter im Rahmen der Liquidation eine offene Schuld allein übernommen hat. Daraus folgt eine Befreiung der übrigen Gesellschafter gegenüber dem betreffenden Gläubiger nach den Regeln über die Schuldübernahme.²⁵¹

Geschieht die Auflösung der Gesellschaft im Zusammenhang mit einer Übernahme von Aktiven und Passiven durch einen Gesellschafter oder einen Dritten, ist eine Entlassung des oder der «Ausgeschiedenen» (der bisherigen Gesellschafter) aus der Haftung zwar auch möglich.²⁵² In Anbetracht der gesetzlichen Sonderregelung, die beiden Interessen bereits Rechnung trägt, insbesondere in Anbetracht der kurzen Verjährungsfrist von 2 Jahren, müssen an den Nachweis jedoch besonders strenge Anforderungen gestellt werden.²⁵³

Von der Inanspruchnahme von aussen bleibt die Innenseite unberührt. Wird ein Kommanditär nach Abschluss der Liquidation bzw. des Konkurses von noch unbefriedigten Gesellschaftsgläubigern für Schulden in

²⁴⁵ Vgl. BGE 84 II 50 ff.

²⁴⁶ Mit Ausnahme der vom BGer – als Teilargument – angenommenen Identität von Gesellschaftsschuld und Gesellschafterschuld; vgl. dazu vorst. IV.

²⁴⁷ Vgl. auch ausdrücklich in diesem Sinn § 160 HGB.

²⁴⁸ So auch BGE 83 II 51 f.

²⁴⁹ So offenbar auch VON STEIGER, a.a.O., MANGOLD, 47.

²⁵⁰ Vgl. vorst. Ziff. 2.1.2.

²⁵¹ Art. 176 OR, SIEGWART, N.5 zu Art. 591/93, VON STEIGER, 468; BGE 60 II 332; betreffend Übernahme eines mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücks, vgl. Art. 832 ZGB.

²⁵² Vgl. HARTMANN, N.5 zu Art. 592, N.8 zu Art. 610 OR.

²⁵³ Vgl. SIEGWART, N.6 zu Art. 591/93 OR, s.a. die Urteilszitate in Fn.198 vorst.

Anspruch genommen,²⁵⁴ kann er auf seine früheren Mitgesellschafter nach Massgabe der ehemaligen Verlusttragungsregelung²⁵⁵ Regress nehmen.²⁵⁶ Wiederum ist dabei die gesetzliche Begrenzung seines definitiven Verlustanteils zu berücksichtigen.²⁵⁷

²⁵⁴ Praktisch selten, da eine noch nicht voll ausgeschöpfte Haftung voraussetzend, vgl. nachst. IX 2.2.

²⁵⁵ D.h. nicht voll, im Gegensatz zum Regelfalle bei der Regressforderung des ausgeschiedenen Kommanditärs, vgl. vorst. bei Fn.205.

²⁵⁶ Vgl. VON STEIGER, 469, 445, 580, HARTMANN, N.33 zu Art. 610 OR; ungehindert, ohne Rücksicht auf die Art. 216/17 SchKG auch im allfälligen Konkurs eines Komplementärs, vgl. SIEGWART, N.2 zu Art. 617 OR.

²⁵⁷ Vgl. vorst. Fn.208.

VIII. Haftungsbefreiung des Kommanditärs

1. Allgemeines

Der Kommanditär persönlich hat für Schulden der Gesellschaft maximal im Umfange der vereinbarten, eingetragenen und publizierten (allenfalls kundgegebenen höheren) Kommanditsumme einzustehen.¹ Da andererseits die Gesellschaftsgläubiger primär und jederzeit auf das Gesellschaftsvermögen – soweit vorhanden – greifen können, sind dem Kommanditär Werte, die er bereits – als Einlage – in dieses eingeworfen und darin auch belassen hat, an die Leistung der «Kommanditsumme» anzurechnen.² Dieser Grundgedanke liegt dem Art. 610 II OR zugrunde.³ Der Ausdruck «Kommanditsumme» ist hier insofern richtig, als es um den Nachweis der Einwerfung eines der Höhe der Kommanditsumme *entsprechenden* Betrages oder sonstigen Wertes geht. Die Kommanditsumme selbst, als reine Rechnungsziffer,⁴ kann hingegen weder in die Liquidations- noch in die Konkursmasse «eingeworfen» werden.⁵

Der Kommanditär ist somit anders gewendet von seiner Haftung befreit,⁶ wenn und soweit er eine der Kommanditsumme umfangmässig entsprechende Einlage – im Sinn von haftendem Kapital – in das Gesellschaftsvermögen geleistet und nicht wieder zurückgezogen hat. Seine Haftung gilt insoweit von Gesetzes wegen als konsumiert. Hierin besteht der rechtlich bedeutsamste Zusammenhang zwischen Kommanditsumme und Kommanditeinlage.⁷ Bildlich gesprochen ist die Möglichkeit der

¹ Art. 594 I, Art. 608 OR, dazu vorst. VI 2 und 3.

² Vgl. auch SIEGWART, N.7 zu Art. 610/12 OR.

³ Vgl. das gegenüber dem heutigen «Klagerecht der Gläubiger» aussagekräftigere Marginale «Völlziehung der Haftung» zu E I Art. 612, E II Art. 625, den Vorläufern des heutigen Art. 610 OR.

⁴ Vgl. vorst. § 1, II.

⁵ Vgl. den entsprechend angepassten Vorschlag de lege ferenda mit deutlichem Marginale (Art. 610a I), nachst. im Schlusswort.

⁶ Aufgrund der Tatsache, dass der Kommanditär, wie oben dargelegt, nach Leistung seiner Einlage indirekt mit dem Gesellschaftsvermögen haftet, lehnt KEUK, 418, 443, den Begriff der «Befreiung» von der Haftung ab und will nur eine «Konkretisierung des Haftungssubjektes» gelten lassen. Die Präzisierung ist für das deutsche Recht aufgrund der z.T. vertretenen «Verrechnungstheorie» (vgl. kurz nachst. bei Fn.24) wesentlich. Wenn vorliegend von der Befreiung die Rede ist, ist immer die Befreiung von der persönlichen Haftung, der Haftung mit dem Privatvermögen des Kommanditärs, gemeint.

⁷ So auch VON STEIGER, 593/594, SIEGWART, N.8 zu Art. 594/95 OR; grundsätzlich gleich HGB 171 I: «...die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist». Vgl. im übrigen daselbst die irreführende zweimalige Erwähnung des Begriffs «Einlage» – einmal im

Haftungsbefreiung vergleichbar mit einem Brückenschlag zwischen – im übrigen unabhängig voneinander ausgestalteter – interner und externer vermögensrechtlicher Stellung des Kommanditärs. Zufolge dieser Verbindung, welche in beiden Richtungen funktioniert, ist der Umfang der latenten⁸ Anspruchsmöglichkeit der Gesellschaftsgläubiger gegenüber dem Kommanditär persönlich während der Dauer der Gesellschaft variabel.⁹ Er hängt vom jeweiligen Umfang der geleisteten Einlage sowie vom Umfang allfälliger Bezüge¹⁰ und Rückbezüge¹¹ ab, d.h. letztlich von den Vereinbarungen unter den Gesellschaftern, vom Geschäftsgang, sowie von Entscheidungen des Kommanditärs im Einzelfall (Bezug oder Stehenlassen¹²). Kurz und vereinfacht zusammengefasst wird die Haftung durch Leistungen von haftendem Kapital ins Gesellschaftsvermögen erschöpft, durch entsprechende Rückbezüge wieder hergestellt.¹³ Keinen direkten Einfluss haben – und hier versagt das Bild der Brücke – Verluste aus einzelnen Geschäftsjahren, die den Kapitalanteil und damit auch die Einlage mindern bzw. völlig aufzehren, sowie Wertverminderungen, die insbesondere Sacheinlagen betreffen können.¹⁴ Sie also lassen die Haftung nicht direkt im entsprechenden Ausmasse aufleben¹⁵, wohl aber unter Umständen Bezüge von Zinsen und Gewinn im betreffenden bzw. in nachfolgenden Jahren.¹⁶

Die Kommanditissumme ist daher in verschiedenster Hinsicht eine relative Grösse.¹⁷

externen, einmal im internen Sinne; unpräzis BOHNENBERG, Anm. I zu § 161 HGB: die Einlage sei hier generell mit Haftsumme gleichzusetzen. Vgl. aber die richtige und gründliche Unterscheidung in Anm. III zu § 161 HGB.

⁸ Ein Klagerecht haben die Gläubiger solange, d.h. vor Auflösung der Gesellschaft, gem. Art. 610 I OR nicht; vgl. auch BGE 29 II 665 f.

⁹ Der Gläubiger hat während der Dauer der Gesellschaft keinen Anspruch auf Auskunft darüber, ob die Haftung noch besteht oder ob Befreiung eingetreten ist, so auch SCHILLING, Anm. 9 zu § 172 HGB.

¹⁰ Soweit sie die Haftung überhaupt aufleben lassen.

¹¹ Soweit auf Kapitalkonto verbucht, vgl. dazu nachst. Ziff. 4; zur Unterscheidung zwischen Bezügen und Rückbezügen vgl. vorst. § 2, Fn.185.

¹² Dazu vorst. § 2, V 1 und 2, § 3, IV 1 und 2, § 4, III 1 und 2.

¹³ Ähnlich SIEGWART, N.9 zu Art. 610/12 OR, jedoch ohne die notwendige Präzisierung betr. Kapital i.S. des Beteiligungsrechts.

¹⁴ Vgl. VON STEIGER, 633, BISCHOFF, 107, s.a. KEUK, 419: weil anzunehmen sei, dass dieser Teil des Geschäftsvermögens des Kommanditisten zur Tilgung von Gesellschaftsschulden verwendet worden sei. S.a. die Rechnungsbeispiele nachst. Ziff. 4.2.2.

¹⁵ So auch SIMON, 49.

¹⁶ Art. 611 OR, vgl. dazu vorst. § 2, V 1.3.1, sowie nachst. Ziff. 4.2; ähnlich VON DER WEID, 58, für die KollG.

¹⁷ Vgl. die bereits erwähnte Feststellung von HOFFMANN, Ber.II, 23 f., s.a. vorst. VI 1.

2. Leistung der Einlage

Der Kommanditär *befreit* sich durch die Leistung seiner Einlage, soweit diese umfangmässig der Haftungssumme entspricht (Art. 610 II OR – e contrario), d.h. es steht ihm letztlich eine entsprechende Einrede zu.¹⁸ Der Ausdruck einer «Liberierung» der Kommanditsumme liegt nahe,¹⁹ ist aber wegen der – vor allem im deutschen Sprachbereich – irreführenden Assoziation zur geläufigen «Liberierungspflicht» des Aktionärs zu vermeiden. Der Kommanditär hat, wie mehrfach erwähnt, gegenüber den Gläubigern weder eine Einlageleistungspflicht noch ein Einlagerückleistungsverbot. Der Kommanditär kann auch ohne weiteres intern von einer Einlagepflicht²⁰ befreit sein. Eine solche Vereinbarung ist nicht etwa den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unwirksam,²¹ sondern liegt grundsätzlich ausserhalb des Bereichs der Haftung,²² lässt diese einfach im vollen Umfang bestehen.

Da die Begründung der Haftungsbefreiung in der primären Haftung des Kommanditärs mit dem «Gesellschaftsvermögen» liegt, muss seine Leistung, damit sie befreiende Wirkung hat, dieses Gesellschaftsvermögen objektiv und tatsächlich vermehren.²³ Befreiend wirkt jedoch nicht jegliche Mehrung der «Tilgungsmittel»,²⁴ sondern nur die Mehrung des eigentlichen Haftungssubstrates, denn nur dieses bleibt den Gläubigern im Konkurs- bzw. Liquidationsfalle verfangen.²⁵ Befreiend für den Kommanditär kann somit nur die Leistung von *haftendem Kapital* ins Gesellschafts-

¹⁸ Vgl. dazu nachst. IX 2.4.3.1.2; ähnlich bei der GmbH, vgl. Art. 802 II OR, s. dazu u.a. SCHOOP, 174, W. VON STEIGER, Zürcher Kommentar zum Recht der GmbH, N.27 zu Art. 772 OR, s.a. REICHEL, 229.

¹⁹ Ist auch häufig anzutreffen, vgl. z.B. HRegZH, Kolonne 32; die Regel auch bei französischsprachigen Autoren, so z.B. HIRSCH, 164, FOLLIEL, 87, PATRY, Précis, 335. Ev. ist die im Text erwähnte Assoziation im französischen Sprachgebrauch weniger zwingend, denn es ist natürlich nicht zu übersehen, dass «libérer», «libération» die direkte Übersetzung des deutschen «befreien», «Befreiung» (damit auch von «Haftungsbefreiung») bildet. «Liberierung», als Fremdwort im Deutschen, hat hingegen m.E. den oberwähnten, eingengten Sinn viel eher.

²⁰ Nicht von der Beitragspflicht, vgl. vorst. § 1, III 1 und 2.

²¹ So z.B. BOHNENBERG, Anm. III zu § 161 HGB.

²² So auch WIELAND, 758.

²³ Vgl. statt vieler von STEIGER, 635, SIEGWART, N.8 zu Art. 608/9 OR, WIELAND, 761, BOHNENBERG, Anm. II zu § 171 HGB, SCHILLING, Anm. 18 zu § 171 HGB.

²⁴ Genügend gem. der sogenannten «Verrechnungstheorie», vgl. v.a. FURRER, 225, 227, 239, SIMON, 49 f, BISCHOFF, 58.

²⁵ Vgl. vorst. § 6, III.

vermögen,²⁶ d.h. eine «Leistung auf die Einlage»²⁷ (in der Regel erbracht durch Leistung auf Kapitalkonto²⁸) wirken. Die Tatsache hingegen, dass er der Gesellschaft ein Darlehen z.B., also «fremdes Kapital» zur Verfügung stellt, vermag ihn keinesfalls von seiner Haftung zu befreien,²⁹ denn hiefür ist er seinerseits Gesellschaftsgläubiger.³⁰

Zum selben Resultat führt die Gegenüberstellung von Geschäfts- und Privatvermögen eines Gesellschafters. Diese Abgrenzung ist für die Unterscheidung zwischen der primären und der sekundären (bzw. subsidiären) Haftung des Kommanditärs insbesondere wesentlich.³¹ Dass ein Darlehen – abgesehen von Fragen bezüglich Rechtsnatur des betreffenden Kontos im konkreten Fall –³² zu seinem Privatvermögen gehört, dürfte wohl nicht zu übersehen sein.³³ Das Privatvermögen des Kommanditärs aber ist ausschliesslich Gegenstand seiner persönlichen, subsidiären Haftung, nicht hingegen der primären Haftung der Gesellschaft. Daher vermag die Leistung eines Darlehens an die Gesellschaft den Kommanditär auch aus dieser Sicht nicht von seiner persönlichen Haftung zu befreien.

²⁶ Vgl. SCHMIDT, 25 f., ders., Gesellschaftsrecht, 1165 f., 1170, KEUK, 410 ff., 418, 443. Der bei SUDHOFF, 21, angetönte Zweifel ist unverständlich, denn eine «Leistung auf die Einlage», die auch er als Voraussetzung zur Befreiung akzeptiert, und die Zuführung von haftendem Kapital ist m.E. ein und dasselbe.

²⁷ Sogenannte «Vertragstheorie». Zur Unterscheidung der «Vertragstheorie» von der «Verrechnungstheorie» vgl. WIEDEMANN, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, 1041 ff., SCHMIDT, 22 f., ders., Gesellschaftsrecht, 1164 f., 1167, s.a. KONIETZKO, 78 ff.

²⁸ Unvollständig LEHMANN/DIETZ, 205. Zu Interpretationsfragen bezüglich Rechtsnatur eines Privatkontos im Einzelfall vgl. U.HUBER, 248 ff., s.a. vorst. § 1, Fn.105.

²⁹ Vgl. KEUK, 418. Weshalb daher umgekehrt das Stehenlassen von Werten im Geschäft als Darlehen ein Wiederaufleben der Haftung verhindern soll, dazu noch nachst. Ziff. 4, ist unerfindlich. Zu diesem Widerspruch, verbreitet v.a. in der deutschen Lehre, deutlich SCHMIDT, 25, ders., 1177 f., s.a. WIEDEMANN, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, 1041, 1047, WEIPERT, 273, vgl. v.a. KEUK, 423 f., KONIETZKO, 26.

³⁰ Vgl. HARTMANN, N.20 zu Art. 608 OR, SIEGWART, N.18 zu Art. 610/ 12 OR; WIELAND, 763, KONIETZKO, 80, KEUK, 418.

³¹ Eindringlich KEUK, 416 ff., s.a. VON STEIGER, 631, BISCHOFF, 105.

³² Vgl. dazu auch Fn.28 vorst.

³³ Entsprechend wird er für solche Ansprüche – wie für sonstige Drittrechtsansprüche – im Konkurs zugelassen, vgl. vorst. § 6, I und II. Zum teilweise in der deutschen Literatur geforderten Zurücktreten des Kommanditärs als Darlehensgläubiger vgl. noch nachst. Fn.116.

Die Leistung der Einlage an sich muss nicht unbedingt aus dem eigenen Vermögen des Kommanditärs,³⁴ sie darf aber nicht aus dem Vermögen der Gesellschaft stammen,³⁵ da andernfalls eine echte Vermehrung des Haftungssubstrates illusorisch wäre.³⁶

Im übrigen ist grundsätzlich jeder geleistete vermögenswerte Beitrag³⁷ des Kommanditärs geeignet, seine – vollständige oder teilweise – Haftungsbefreiung zu bewirken. Zu prüfen bleibt im vorliegenden Haftungszusammenhang nun in concreto, ob dem geleisteten Beitrag der von den Gesellschaftern beigemessene und im Kapitalkonto des Kommanditärs eingebuchte Wert objektiv auch wirklich zukam. Dies ist bei der wohl häufigsten Form des Beitrags, nämlich der Bareinlage, die ja in Schweizer Währung zu erfolgen hat,³⁸ nicht weiter problematisch. Für Sacheinlagen³⁹ wird der Grundsatz in Art. 608 III OR bestätigt. Hiernach ist e contrario Voraussetzung für die Haftungsbefreiung des Kommanditärs, dass die Sacheinlage im Zeitpunkt des Einbringens einen «wirklichen Wert» gehabt hat.⁴⁰

Immer muss somit im Zusammenhang mit der Haftungsbefreiung die Frage beantwortet werden, ob z.B. die an sich zulässige Einlage durch Verrechnung mit einer Forderung gegen die Gesellschaft bzw. die Einbringung einer Forderung gegen Dritte⁴¹ dem Gesellschaftsvermögen

³⁴ Zur Frage, ob – analog der ab und zu anzutreffenden Lösung bei Übernahme der KG durch einen Gesellschafter – auch der Kommanditär als Gründungsmitglied oder als neu entretender Gesellschafter *nicht* befreit sei, wenn der Komplementär die Einlage aus seinem eigenen Vermögen leiste, vgl. PETZOLDT, 530 ff.; SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1171 f., 1181 f., s.a. nachst. Fn. 102. Für das schweiz. Recht ist eine Befreiung m.E. klar zu bejahen, gl.A. BISCHOFF, 57, N.1.

³⁵ Z.B. Leistung aufgrund von einem Darlehen der Gesellschaft an ihn, so HARTMANN, N. 14 zu Art. 608 OR; s.a. SIMON, 44, FURRER, 219/20, 224, SCHILLING, Anm. 26 zu § 171 HGB, KONIEZKO, 77, PETZOLDT, 534. Daher kann z.B. eine Einlage, die durch Vermögenswerte der Gesellschaft gesichert ist, nicht haftungsbefreiend wirken, vgl. BGE 25 II 85. Zur Befreiung durch erlaubtes Stehenlassen von Zinsen etc. vgl. nachst. Ziff. 3.1.

³⁶ Diese Gefahr ist allerdings angesichts der persönlichen Haftung der Komplementäre, die die Folgen derartiger Manipulationen zu tragen hätten, klein, so auch SIMON, 48 f.

³⁷ Vgl. dazu vorst. § 1, IV.

³⁸ Vgl. vorst. VI 1.

³⁹ Vgl. zum Gegenstand der Sacheinlage, zur Eintragungspflicht inkl. Kritik daran ausführlich vorst. § 1, IV 2.

⁴⁰ Gem. VON STIGER, 635, bei zu Eigentum eingebrachten Sachen der Anschaffungswert auf dem freien Markt (bei Wertpapieren der Kurswert), ähnlich U. HUBER, 210, SCHILLING, Anm. 14 zu § 171 HGB, SCHLEGELBERGER/CESSI FR, Anm. 14 zu § 171 HGB; s.a. SCHOOP, 62, für die AG.

⁴¹ Vgl. dazu vorst. § 1, IV 1 und 2.2.

einen realen Wert zuführt,⁴² ob eine tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung⁴³ der Gesellschaft anderweitige Vergebung und Vergütung erspart hat,⁴⁴ ob die Gesellschaft bei einer Sachleistung zum Gebrauch wirklich daraus – ohne jede Gegenleistung an den Kommanditär – Nutzen gezogen hat.⁴⁵ Ist ein entsprechender wirklicher Wert nach Ansicht des Gläubigers (bzw. der Liquidatoren oder der Konkursverwaltung) nicht gegeben, kann er sich hiegegen, wie bei jeder zu Unrecht behaupteten Erfüllungseinrede, zur Wehr setzen. Insofern ist auch Art. 608 III OR wie angetönt nicht Ausnahme, sondern Bestätigung der Regel.⁴⁶ Überhaupt wird durch diese Vorschrift, auch in Verbindung mit der Eintragungspflicht von Art. 596 III OR, weder der Umfang der Haftung an sich, noch derjenige der Haftungsbefreiung berührt. Im Rahmen einer allfälligen Überbewertung – sofern durch den Gläubiger nachweisbar – bleibt der Kommanditär

⁴² Erst in diesem Zusammenhang kommt also der Frage, ob der effektive Wert einer Forderung des Kommanditars zu berücksichtigen sei, eine Bedeutung zu. Auf der Haftungsebene ist sie – für das schweizerische Recht zumindest – uneingeschränkt zu bejahen. Vgl. HARTMANN, N.15 zu Art. 608, N.7 zu Art. 598, N.28 zu Art. 610 OR, BISCHOFF, 65, (s. aber S.87), SIEGWART, N.11 zu Art. 610/12 OR (unabhängig davon, wie das Geld von der Gesellschaft nachher verwendet wurde), WIELAND, 762, Anm. 31, (alle zusätzlich unter Hinweis auf die – wie immer bei haftungswidrigem Verhalten gegebenen ((vgl. REICHEL, 235)) – betriebsrechtlichen Anfechtungsmöglichkeiten einer Kompensation. Beispiel einer zugelassenen Überschuldungspauliana in BGE 42 III 494 ff., s.a. 65 III 137; ZBJV 40(1904)98, BGE 27 II 37. Wie hier auch HUECK, 145, BOHNENBERG, Anm. II zu § 171 HGB, SCHILLING, Anm. 13a zu § 171 HGB, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 15 zu § 171 HGB, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1174 (gefährlich m.E. seine Ableitung aus dem «Kapitalaufbringungsgrundsatz»), WIEDEMANN, 148 (weil der Kommanditär als «Insider» den günstigsten Moment für die Verrechnung wählen könne). – A.A., d.h. Verrechnung zum Nennwert bei Gegenforderung des Kommanditars gegen die Gesellschaft, nach den gewöhnlichen Grundätzen, KONIETZKO, 132/33, SCHENKEL, 353 (Kritik an seiner Vermischung von Internum und Externum vorst. § 1, Fn.130). – Hiebei ist jedoch nur der Wert der Forderung an sich, nicht etwa die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft von Belang, vgl. BISCHOFF, 65, sowie SCHLEGELBERGER/GESSLER, SCHILLING, je a.a.O., offen gelassen bei WIEDEMANN, 147; a.A. ZR 1(1902)275.

⁴³ Die Pflicht dazu genügt mangels Kapitalisierungsfähigkeit nicht, vgl. VON STEIGER, 635, ev. war im Zeitpunkt der Auflösung erst ein Teil der Arbeit «abgeleistet», dazu KONIETZKO, 131, zu anrechenbaren Arbeitsleistungen PATRY, Précis, 340.

⁴⁴ Vgl. SIEGWART, N.16 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.17 zu Art. 608 OR, VON STEIGER, 635, BISCHOFF, 68 f.

⁴⁵ Vgl. SIEGWART, N.15 zu Art. 610/12 OR, WIELAND, 762, s.a. KONIETZKO, 129 f. Massgebend ist der zu schätzende Gebrauchswert, vgl. VON STEIGER, 635.

⁴⁶ Vgl. ProtExpKomm, 129, StenBullStR 1931/165, HARTMANN, N.19 zu Art. 608 OR.

haftbar.⁴⁷ Art. 608 III in Verbindung mit Art. 596 III OR hat daher im wesentlichen nur Auswirkungen auf die Regelung der Beweislast.⁴⁸ Wie erwähnt vermag im übrigen eine Wertverminderung der eingebrachten und belassenen Sacheinlage im Verlaufe der Jahre⁴⁹ die Haftung nicht direkt, im entsprechenden Umfange, aufleben zu lassen.⁵⁰

3. Sonstige haftungsbefreiende Leistungen

3.1 Leistung der Einlage durch Stehenlassen von Zinsen, Gewinn und Honorar

Der Kommanditär befreit sich von seiner Haftung nicht nur durch die Leistung seiner Einlage aus der eigenen Tasche, im Sinne einer ökonomischen Einbusse, sondern auch durch einen Verzicht⁵¹ auf Bezug von Zinsen, Gewinn⁵² und Honorar, d.h. durch ein erlaubtes Stehenlassen dieser Betreffnisse (Art. 601 III OR), die zwar aus dem Gesellschaftsvermögen stammen, aber dem Kommanditär zustehen.⁵³ Voraussetzung ist, dass

⁴⁷ Vgl. vorst. § 1, IV 2.1, sowie erneut SIEGWART, N.7 zu Art. 596/97 OR; diese Folge ergibt sich auch aus der Überlegung, dass eine Überbewertung einem teilweisen Erlass der Einlage gleichkommt, so KONIETZKO, 120, was gem. § 172 III HGB ausdrücklich als «den Gläubigern gegenüber unwirksam» erklärt wird.

⁴⁸ Dazu wiederum vorst. § 1, IV 2.1, nachst. IX 2.4.3.1.2.

⁴⁹ Z.B. nachträglich in Nähe eines eingebrachten Hauses gebaute Autobahn, Kurssturz von eingebrachten Wertpapieren.

⁵⁰ Vgl. bereits vorst. Ziff. 1, HARTMANN, N.11 zu Art. 596, N.13 zu Art. 608 OR, VON STEIGER, 633; beide etwas zu apodiktisch. Die Wertverminderung einer Sacheinlage wirkt sich bei korrekter Bilanzierung auf den Ertrag aus, bewirkt allenfalls einen Verlust, welchen der Kommanditär im Verhältnis seiner Verlusttragungspflicht zu übernehmen hat. Nur falls die Gesellschaft in diesem Zeitpunkt aufgelöst wird, entfällt jegliches Aufleben der Haftung. Dauert sie hingegen an, kann ein Aufleben der Haftung zufolge trotz Verminderung des Kapitalanteils getätigter Bezüge in Frage kommen, (vgl. vorst. § 2, V 1.3.2, § 3, IV 1.3); diese Möglichkeit behält auch SIEGWART, N.21 zu Art. 610/12 OR im Auge.

⁵¹ Soweit eine Verpflichtung zum Stehenlassen bestand, bewirkt der Nichtbezug keine haftungsbefreiende Leistung, da ja auch die durch Verluste verminderte Einlage im ursprünglichen Umfange als geleistet gilt; zutreffend SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 23 zu § 171 HGB, s.a. LEHMANN/DIETZ, 205, sowie die Rechnungsbeispiele nachst. Ziff. 4.2.2.

⁵² So auch BISCHOFF, 63, WIELAND, 762, HUECK, 145, SCHILLING, Anm. 17 zu § 171 HGB, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 6 zu § 169, Anm. 23 zu § 171 HGB.

⁵³ Ähnlich BISCHOFF, 63; so auch HUECK, 145, PETZOLDT, 534, KORNBLUM, 216, LEHMANN/DIETZ, 205, welcher zu Recht hervorhebt, dass keine [eigentliche – die Verf.] Leistung der Einlage darin erblickt werden kann, dass der Kommanditär Gewinne und Zinsen im Rahmen seiner Bezugsbegrenzung stehen lässt – denn die durch Verluste verminderte

sie den Charakter von gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen bewahren; diesfalls bilden sie zusammen mit der ursprünglichen Einlage die Einlage im weiten Sinne bzw. den jeweiligen Kapitalanteil.⁵⁴ Das ist für die genannten Ansprüche gemäss gesetzlicher Vermutung bis zur Höhe der vereinbarten Kommanditeinlage der Fall, darüber hinaus bedarf es einer klaren Willensäusserung von Kommanditär und Gesellschaft.⁵⁵ Diese Frage ist für die Haftungsbefreiung des Kommanditärs vor allem dann von Bedeutung, wenn der Betrag der Kommanditsumme die intern vereinbarte Kommanditeinlage übersteigt.

3.2 Freiwillige Begleichung von Gesellschaftsschulden?

Nach verbreiteter Ansicht kann die *haftungsbefreiende* Leistung des Kommanditärs auch in der freiwilligen⁵⁶ Bezahlung⁵⁷ von Gesell-

Einlage gilt ja im ursprünglichen Ausmass als geleistet, vgl. Rechenbeispiele nachst. Ziff. 4.2.2.

⁵⁴ Vgl. vorst. § 1, III 3; s.a. den Vorschlag *de lege ferenda* (Art. 601a II) nachst. im Schlusswort.

⁵⁵ Die Verbuchung auf Kapitalkonto genügt nicht für sich allein, vgl. vorst. § 2, V 2, § 3, IV 2, § 4, III 2.

⁵⁶ Zur Zahlung einzelner Gesellschaftsschulden kann der Kommanditär weder belangt noch mangels Vertretungsmacht verpflichtet werden, so SIEGWART, N.17 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.16 zu Art. 608 OR, BISCHOFF, 90. – Anders gemäss deutschem Recht aufgrund der unmittelbaren Haftung des Kommanditisten, vgl. WIELAND, 764/65, SCHLEGELBERGER/GESSLER, z.B. Anm. 5 zu § 171 HGB. Die Ausführungen der deutschen Lehre sind daher in diesem Punkte mit besonderer Vorsicht aufzunehmen.

⁵⁷ M.E. zu Recht hält FURRER, 217, fest, dass die Gläubiger kein Recht haben, «*von dem Kommanditär zu verlangen, dass er bis zum Wegfall der Subsidiarität mit der Schuldentilgung zuwarten*», m.a.W., auf die Einrede der Subsidiarität kann der Kommanditär verzichten, so schon vorst. V 1 – anders betreffend höchstpersönliche Schulden, vgl. SIMON, 35 f. BISCHOFF, 91. – Ob der Gläubiger auch eine *Verrechnung* mit einer persönlichen Gegenforderung des Kommanditärs annehmen muss, ist umstritten. Dafür HARTMANN, N.16 zu Art. 608 OR, WIELAND, 764, Anm. 28, FURRER, 222, SCHLEGELBERGER/ GESSLER, Anm. 15 zu § 171 HGB, LEVEN, 96, unter Hinweis auf die unbestrittene Lehrmeinung. Es muss hier jedoch erneut auf die grundlegenden Unterschiede zwischen der Haftungsgestaltung im deutschen und im schweizerischen Recht verwiesen werden. Die Annahme einer Verrechnungsmöglichkeit ist aufgrund der im deutschen Recht gegebenen unmittelbaren Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern wesentlich unproblematischer; indirekt dafür BGE 35 II 692; dagegen SIEGWART, N.17 zu Art. 610/12 OR, SIMON, 37 (Ausnahme: eigentlicher Kompensationsvertrag).

schaftsschulden⁵⁸ während der Dauer der Gesellschaft⁵⁹ liegen,⁶⁰ wobei der Kommanditär auf eigene Gefahr zahle und ihn nur die Bezahlung wirklich bestehender Schulden befreie.⁶¹ Voraussetzung zur Anrechnung an die Haftung sei im übrigen eine echte Vermehrung des Gesellschaftsvermögens.⁶² Eine solche wird trotz Entstehung eines Regressrechts des Kommanditars bejaht, solange und in dem Umfange, als die Gesellschaft dieses Regressrecht nicht tatsächlich befriedige.⁶³

Nach hier vertretener Ansicht kann eine Haftungsbefreiung nur durch Leistung der Einlage, d.h. von haftendem Kapital erlangt werden. Die Begleichung einer Gesellschaftsschuld befreit somit den Kommanditär eo ipso nur, falls sein Beitrag an sich in der Befriedigung dieses Gläubigers bestanden hatte.⁶⁴

Im übrigen ist zu differenzieren: Solange die Regressforderung⁶⁵ bestehen bleibt, kann von einer Haftungsbefreiung des Kommanditars – zumindest nach schweizerischem Recht – ⁶⁶ keine Rede sein. Der Kommanditär ist diesfalls einem gewöhnlichen Drittgläubiger gleichgestellt.⁶⁷

⁵⁸ Auch gegenüber einem Mitgesellschafter, sogar gegenüber sich selbst, als Gesellschaftsgläubiger, so ausdrücklich SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 20 zu § 171 HGB. Der allfällige Abzug eines internen Verlustanteils ist für die übrigen Gläubiger unmassgeblich, die Haftung bleibt im entsprechenden Umfange bestehen.

⁵⁹ Vgl. nachst. IX 2.4.3.2.2 (bei Fn.215).

⁶⁰ Vgl. SIEGWART, N.17 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.16 zu Art. 608 OR, BISCHOFF, 90, FURRER, 209. Gl. für das deutsche Recht, allerdings zu einem grossen Teil auf der abweichend vom schweizerischen Recht ausgestalteten Haftung basierend, HUECK, 145, BOHNENBERG, Anm. II zu § 171 HGB, KONIETZKO, insbes. 68–70, FRITZE, 976, SCHILLING, Anm. 20 zu § 171 HGB, SCHMIDT, 92 f. – WIELAND, 765, Anm. 30, bejaht die «Befriedigungsberechtigung» eines nicht unmittelbar haftenden Kommanditars nach OR; einer Einwilligung der Geschäftspartner der Gesellschaft bedürfte der Kommanditär daher nicht, vgl. dens., 764, Anm. 29; a.A. SIMON, 39, ähnlich BISCHOFF, 93. Gem. SIEGWART, a.a.O., SIMON, 36, 40, BISCHOFF, 91, kann die Gesellschaft gegen die Zahlung Einspruch erheben.

⁶¹ Vgl. SIEGWART, a.a.O., WIELAND, 765, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 19 zu § 171 HGB, differenzierend SIMON, 41 f., s.a. BISCHOFF, 96.

⁶² Vgl. SIEGWART, HARTMANN, je a.a.O., WIELAND, 765, FURRER, 203 und 209, FRITZE, 977, 1.Sp.

⁶³ Vgl. SIEGWART, a.a.O., FURRER, 223 f.; BOHNENBERG, Anm. II zu § 171 HGB, KONIETZKO, 74, 97, 113, SCHMIDT, 92 f.; a.A. offenbar KAUFMANN, 67.

⁶⁴ So auch KEUK, 419, KLAUSS/MITTELBACH, 176, Anm. 249; die entsprechende Bezahlung bewirkt diesfalls automatisch die Tilgung der Einlageverpflichtung, vgl. SIMON, 38, BISCHOFF, 92 f.

⁶⁵ Soweit sie überhaupt entsteht – vgl. hierzu die differenzierenden Ausführungen von SIEGWART, N.17 zu Art. 610/12 OR, sowie BISCHOFF, 93 f.

⁶⁶ Entgegen den vorst. (Fn.63) angeführten Autoren (ausser KAUFMANN, a.a.O.).

⁶⁷ Gl.A. SIMON, 39, FRITZE, 976, 2.Sp.; auch in einem allfällig nachfolgenden Konkurs, vgl. zur Möglichkeit der Verrechnungseinrede nachst. IX 2.4.3.1.3.

Wird die Regressforderung durch Auszahlung in sein Privatvermögen ausgeglichen, so findet ebenfalls – hier nun anerkanntermassen – keinerlei Haftungsbefreiung statt. Erst und nur wenn die Regressforderung des Kommanditärs durch Verrechnung mit seiner rückständigen Einlageverpflichtung getilgt wird⁶⁸ – geschehe dies von seiten der Gesellschaft oder von seiten des Kommanditärs⁶⁹ – tritt Haftungsbefreiung, maximal beschränkt auf das Ausmass der rückständigen Einlageverpflichtung, ein.⁷⁰

Entgegen verbreiteter Meinung⁷¹ kommt es hingegen m. E. für die Frage der Haftungsbefreiung nicht darauf an, ob der Kommanditär für die betreffende Gesellschaftsschuld beschränkt oder unbeschränkt haftet habe,⁷² denn die Frage ist nicht *womit*, sondern *ob* der Kommanditär mit seiner Regressforderung, aus welchem Grunde auch immer sie ihm zustehe, verrechnet habe.⁷³ So betrachtet kann die Begleichung einer Gesellschaftsschuld durch den Kommanditär letztlich zu einem Spezialfall der Einlageleistung durch Verrechnung mit einer Forderung gegenüber der Gesellschaft führen, deren Zulässigkeit allgemein anerkannt ist.⁷⁴ Einen selbständigen Haftungsbefreiungsgrund stellt sie – zumindest nach schweizerischem Recht – in keinem Falle dar.

⁶⁸ So SIMON, 39, KEUK, 419, FRITZE, 596, 1.Sp., KLAUSS/MITTELBACH, 176, Anm. 294. – Gemäss FRITZE, a.a.O., wird dies die Regel sein.

⁶⁹ Spätestens nach Konkurseröffnung, vgl. Fn.67 vorst. Hat der Kommanditär gar keine Einlageverpflichtung, so entfällt – entgegen WIELAND, 764, Anm. 28 – die Möglichkeit zur Haftungsbefreiung nach schweizerischem Recht und ist dem Kommanditär von einer Begleichung von Gesellschaftsschulden abzuraten, da er sich im allfälligen nachfolgenden Konkurs mit einer blossen Konkursdividende begnügen müsste.

⁷⁰ So im Resultat auch BISCHOFF, 93 f.

⁷¹ So SIEGWART, a.a.O., sowie N.49 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.2 zu Art. 605 OR, FURRER, 214, BISCHOFF, 97.

⁷² Vgl. auch nachst. § 12, III. Wie hier SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 19 zu § 171 HGB; anders KORNBLUM, 217. Für das deutsche Recht kann diese Ansicht eher auf Verständnis stossen, da dort der Kommanditär – zumindest nach gewisser Ansicht – einer eigentlichen Doppelhaftung unterliegt (vgl. vorst. V 1, Fn.52), und sich somit die Haftungsbefreiung aus dem direkten Haftungsnexus mit einem einzelnen Gläubiger ergeben kann.

⁷³ Dass die Leistung der Einlage durch Verrechnung in jedem Falle automatisch zur Konsumption der Haftung führt, übersieht offenbar HARTMANN, N.2 zu Art. 605 OR. Umgekehrt hat die Frage, ob der Kommanditär seine Einlage geleistet habe, unterschiedliche Auswirkungen gegenüber weiteren Gläubigern, je nachdem, ob er ihnen aus beschränkter oder aus unbeschränkter Haftung einstehen müsse. Nur den ersteren kann er gestützt auf die Einlageleistung die Einrede der Haftungsbefreiung entgegenhalten; vgl. auch nachst. § 12, III.

⁷⁴ Vgl. vorst. § 1, IV 1 und 2.2.

Keine Anrechnung an die Haftung erfolgt, falls die Zahlung aufgrund einer Bürgschaft des Kommanditärs geleistet wurde. Diese erweiterte Haftung muss er im Zweifel selbst vertreten.⁷⁵

4. Keine Rückerstattung der Einlage

4.1 Allgemeines

Rückerstattungen sind das Gegenstück zur Leistung von Einlagen. Für sie ist entsprechend wesentlich, dass sie das *haftende Kapital* des Kommanditärs innerhalb des Gesellschaftsvermögens vermindern,⁷⁶ dasjenige des Kommanditärs als solchem, nicht als Gläubiger, vergrössern.⁷⁷ Von den Rückerstattungen sind daher auch aus diesem Blickwinkel zu unterscheiden: Wertverminderingen von Sacheinlagen bzw. Verluste der mit einer Geldeinlage getätigten Anschaffungen, da sie naheliegenderweise das Vermögen des Kommanditärs nicht vergrössern.⁷⁸

Dass gänzliche oder teilweise Rückerstattungen von Einlagen als Interna der Gesellschaft während derer Dauer zulässig sind,⁷⁹ ergibt sich aus dem Wesen, insbesondere dem Doppelleben der KG als Personengesellschaft ohne weiteres.⁸⁰ Die Möglichkeit wird übrigens vom Gesetz selbst in

⁷⁵ Vgl. nachst. § 13, III. Gl.A. HARTMANN, N.16 zu Art. 608 OR; a.A. SCHILLING, Anm. 22 zu § 171 HGB, SCHLEGELBERGER GESSLER, Anm. 19 zu § 171 HGB. Wie hier jedoch auch für das deutsche Recht WIELAND, 764, Anm. 28, KONIETZKO, 97, inkl. N.4, HASEMEYER, 53.

⁷⁶ Ähnlich KEUK, 420: wesentlich, dass der «Kommanditist einen Vermögenswert aus der Bindung im Gesellschaftsvermögen löst». Abweichend, d.h. jegliche Verminderung der Tilgungsmittel als Rückerstattung betrachtend, SIEGWART, N.20 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.14 ff. zu Art. 610 OR, SIMON, 51, BISCHOFF, 99, Furrer, 243 f., BAUMBACH/DUDEN, Anm. 2B zu § 172 HGB, SCHILLING, Anm. 29 zu § 172 HGB, WEIPERT, 273, WIEDEMANN, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, 1041, 1047, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1177, PETZOLDT, 533, welcher, global, der «Minderung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Gläubigerbefriedigung» vorbeugen will.

⁷⁷ Vgl. u.a. VON STEIGER, 634, HASEMEYER, 52.

⁷⁸ Entsprechend haben beide Tatbestände, wie bereits erwähnt (vgl. vorst. Ziff. 1), an sich kein direktes Aufleben der Haftung zur Folge; sie zeitigen auch weder eine interne Nachschusspflicht noch die Pflicht (und Möglichkeit) zur Kundgabe bzw. Herabsetzung von Internum oder Externum im HReg. – vgl. SIEGWART, N.21 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.13 zu Art. 613 OR.

⁷⁹ Im Innenverhältnis ist allenfalls eine Zinszahlung des Gesellschafters an die Gesellschaft bis Ende Jahr die Folge – vgl. HARTMANN, N.5 und N.8 zu Art. 611 OR, vgl. vorst. § 3, III.

⁸⁰ Vgl. bereits vorst. § 1, II, s.a. SIMON, 26 f., BISCHOFF, 100, HARTMANN, N.12 zu Art. 610, N.5 zu Art. 616 OR; a.A. KAUFMANN, 65 (mit der Ausnahme der Ausrichtung der

Art. 610 II OR erwähnt. Der Ausdruck Kommanditsumme ist allerdings auch in diesem Zusammenhang verfehlt. Die Kommanditsumme als Rechnungsziffer kann per definitionem nicht «zurückerstattet»⁸¹ werden.⁸² Die gegenteiligen Ansichten beruhen einmal mehr auf der ursprünglichen, offenbar verbreiteten und nur langsam sich korrigierenden Ansicht, dass entsprechend der hier ebenfalls abgelehnten «Auffüllungspflicht» im Sinne einer Kapitalaufbringungspflicht⁸³ eine echte *Kapitalerhaltungspflicht* des Kommanditärs gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bestehe.⁸⁴ Diese Ansichten, speziell der unhaltbare Vergleich mit der AG und dem Aktionär, wurden vorstehend mehrmals behandelt und widerlegt.⁸⁵

Eine ebenso unbestreitbare Tatsache ist aber umgekehrt, dass solche Rückerstattungen ihre Auswirkungen im Aussenverhältnis bezüglich der Haftung insbesondere haben müssen. Denn eine dauernde Haftungsbefreiung wird, wie WIELAND treffend ausführt,⁸⁶ nicht durch ein blosses Einwerfen der Kommanditeinlage ins Gesellschaftsvermögen, sondern nur durch ein endgültiges Zurverfügungstellen der eingebrachten Vermögenswerte gegenüber der Gesellschaft bewirkt. Mit anderen Worten lässt

Abfindungssumme, vgl. S.67), SPEISER, 333, unklar BUCHER, 21. Wie hier für das deutsche Recht HUECK, 145, Bohnenberg, Anm. I und V zu § 172 HGB, treffend SCHMIDT, 37: «Die Einlagenrückgewähr ist eben im Recht der KG nicht verboten, sondern haftungsschädlich.», PETZOLDT, 535: «...es gibt keine Bestimmung, die Gesellschaftsgläubiger auf die Dauer gegen Entnahmen schützt.»

⁸¹ Ähnlich schon aOR Art. 603 II, E I Art. 612 II, E II Art. 625 II, wörtlich: «wieder zurückgezogen», d.h. dasselbe aus der Perspektive des Kommanditärs; aus der Perspektive der Gesellschaft erstmals E III Art. 610 II: «wieder zurückgegeben».

⁸² Unpräzis hier HARTMANN, N.12 zu Art. 610 OR, GAUCH, Rechtsprechung, 399, auch nicht «zurückbezahlt» – so z.B. PEDRAZZINI, Entscheide, 99, VON STEIGER, 634, inkl. N.23.

⁸³ Vgl. vorst. § 2, V 1.3.1.

⁸⁴ So z.B. KAUFMANN, 65, SPEISER, 330, 332, FUNK, N.7 zu Art. 594/95 OR, SJZ 55(1959)213 (127); im gl. Sinn GUHL/MERZ/KUMMER, 6.A., 557 f.: die «Kommandite soll dem Gläubiger eine unabänderliche Sicherheit geben, analog zum Grundkapital der AG», abgeschwächt in 7.A., 594, ähnlich MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10, N.28a, so schon FICK, N.2 zu Art. 605 aOR. – Unhaltbar die bereits erwähnte «Kapitalerhaltungspflicht» bei SCHMIDT, 79 ff. (vgl. vorst. § 2, Fn.132, sowie nachst. bei Fn.97); dagegen auch WIEDEMANN, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, 1038.

⁸⁵ Vgl. vorst. § 1, III 1, IV 2.1, § 2, V 1.3.1, § 3, II 2. Vgl. die treffende Zusammenfassung der Argumente bei VON STEIGER, 634. Wie hier auch WEIPERT, 276, 2.Sp., unter Hinweis darauf, dass die Verletzung auch eines gesetzlichen Rückzahlungsverbotes bei einer Kapitalgesellschaft keine anderen Folgen als Rückgewähr der Einlage und unmittelbare Haftung der Gesellschafter zeitigen könnten.

⁸⁶ Vgl. S.761/62, s.a. S.738.

also eine Rückerstattung⁸⁷ der geleisteten Einlage⁸⁸ die Haftung wieder aufleben,⁸⁹ grundsätzlich unabhängig davon, ob dieser Rückbezug mit oder ohne Einverständnis der Mitgesellschafter geschah.⁹⁰

Im deutschen Recht wird diese Folge kraft einer gesetzlichen Fiktion bewirkt, vgl. § 172 IV HGB im Wortlaut:

«Soweit die Einlage eines Kommanditisten zurückbezahlt⁹¹ wird, gilt sie den Gesellschaftern gegenüber als nicht geleistet.»

Im schweizerischen Recht entfällt genau genommen einfach die haftungsbefreiende Einrede des Kommanditärs,⁹² dass er nämlich eine Einlage in Höhe der Kommanditsumme bereits geleistet habe.⁹³ Diese Einrede

⁸⁷ Es geht um Rückerstattung, nicht nur um «Auszahlung»; auch die Umwandlung in ein Darlehen gehört folglich dazu, vgl. nachst. im Text. S.a. KEUK, 419 21, 423, trotzdem z.T. den Begriff «Auszahlung» verwendend, vgl. S.420; KONIETZKO, 26, 110; aus «Eigenkapital» wird «Fremdkapital», s.a. SCHMIDT, 75, 76, 121, für eine erweiterte Bedeutung vgl. auch RIEGGER, 1283; a.A. BISCHOFF, 100.

⁸⁸ Dazu sind, wie noch darzulegen sein wird, u.U. auch Bezüge von Zinsen und Gewinn aus bzw. nach Verlustjahren zu zählen, ähnlich VON STEIGER, 634, s.a. die nachst. (Ziff. 4.2.2) angefügten Rechnungsbeispiele.

⁸⁹ Wiederum zeugt die Darstellung, es gehe dem Gesetz hier um «*Sicherung zur Erhaltung der Kommanditsumme*» (vgl. HARTMANN, N.4a zu Art. 608 OR), von einer m.E. unzutreffenden Perspektive. Die Kommanditsumme selbst bedarf keiner Sicherungen, um erhalten zu bleiben. Eine andere Frage ist immer nur die, wieweit die Haftung, die durch die Kommanditsumme ausgedrückt ist, konsumiert sei. Unzutreffend OGer. AG in SJZ 55(1959)213 (127), welches von einer «Nachschusspflicht» spricht und vermutlich das Aufleben der Haftung meint.

⁹⁰ Vgl. HARTMANN, N.16 zu Art. 610 OR; s.a. SCHILLING, Anm. 29 und 36 zu § 172 HGB. Immer unter der deutlichen Voraussetzung, dass das Kapitalkonto, das haftende Kapital des Kommanditärs also, überhaupt tangiert wurde. Anders, wenn der Gesellschaft wegen unerlaubter Entnahme ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, allenfalls auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung zusteht – vgl. dazu vorst. § 2, V 1.3.3, s.a. KEUK, 420. – Für grundsätzliche Verbuchung solcher Entnahmen auf Privatkonto KLAUSS/MITTELBACH, 133, Anm. 222.

⁹¹ Kritik an diesem – zu engen – Wortlaut, SCHMIDT, 73, vgl. dazu auch Fn.87 vorst.

⁹² Von einer widerrechtlichen Handlung oder ungerechtfertigten Bereicherung als Rechtsgrund für dieses Wiederaufleben kann hingegen keine Rede sein, so ausdrücklich HARTMANN, N.12 zu Art. 610 OR, SUGWART, N.19 zu Art. 610/12 OR, BISCHOFF, 101, VON SEIGER, 634, so schon HOFFMANN, Ber. II, 23; BGE 45 II 541, anders noch BGE 27 II 38; zutreffend bereits WILAND, 758, Anm. 4, sowie KEUK, 422 f., die darauf hinweist, dass die Rückerstattung der Einlage (und darum geht es indirekt auch vorliegend) nicht unter dem anfechtungsrechtlichen Gesichtspunkt zu betrachten sei, «*dass der Kommanditist den Gläubigern das zustehende Haftungsobjekt gegen deren Willen verkürzt...*» (wie bei der Anfechtung der Rückzahlung der Einlage an den stillen Gesellschafter), vgl. dies. S.424, Anm. 32. Unzutreffend beispielsweise FICK, N.6 zu Art. 605 aOR, vgl. auch Fn.124 nachst.

⁹³ Vgl. Art. 610 II OR, vgl. vorst. Ziff. 2, nachst. IX 2.4.3.1.2. So auch FURRER, 210, sowie HARTMANN, N.12 zu Art. 610 OR, unter unpräziser Verwendung des Begriffes der

bleibt umgekehrt für künftige Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestehen, falls gleichzeitig mit der internen Rückerstattung eine Herabsetzung der Kommanditsumme auf die restliche Einlage im Sinne von Art. 609 OR vorgenommen wird, was vorkommen kann, aber keineswegs der Fall sein muss.⁹⁴

Die Haftung lebt auf im Umfange des zurückerstatteten Kapitalbetrages ohne Zinsen, selbst wenn die Rückerstattung in einer verzinslichen Gutschrift bestanden hatte.⁹⁵ Maximal ist der Umfang der auflebenden Haftung jedoch auf den Betrag der Kommanditsumme begrenzt.⁹⁶ Keinesfalls kann daher der Ansicht von SCHMIDT⁹⁷ gefolgt werden, welcher unter dem Stichwort der «objektiven Vermögensdeckung» respektive «Kapitalerhaltung» den Gläubigern(!) grundsätzlich diejenige Haftungsmasse sichern will, die sich aufgrund der Gesellschaftereinlagen tatsächlich gebildet hat. Denn dies würde bedeuten, dass der Kommanditär auch über die Differenz einer allfällig überschüssenden Kommanditeinlage nicht ohne Haftungsrisiko verfügen könnte.⁹⁸

In Bezug auf den zeitlichen Umfang gilt für alle Fälle der wiederauflebenden Haftung die Verjährungsfrist von Art. 591 OR.⁹⁹

In welcher Form die Rückerstattung erfolgt, ist unwesentlich. Auf den Rechtsgrund kommt es nicht an. Auch Sacheinlagen können zurückerstattet werden.¹⁰⁰ Wesentlich ist wie eingangs festgehalten, dass es sich um die Rückerstattung der geleisteten Einlage¹⁰¹ an den Kommanditär als solchen,

Kommanditsumme. – Vgl. auch den Vorschlag *de lege ferenda* (Art. 611 I), nachst. im Schlusswort.

⁹⁴ Vgl. vorst. VI 3.2. Dies die gültige Aussage der etwas unklar formulierten N.12 a.E. zu Art. 610 OR von HARTMANN.

⁹⁵ Vgl. SIEGWART, N.19 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.18 zu Art. 610 OR, letzterer mit der zutreffenden Begründung, dass umgekehrt ja die «Kommandite» (im internen Sinn), soweit jeweils geleistet, verzinst werde, vgl. vorst. § 3, II, s.a. N.22 zu Art. 610 OR, BGE 42 III 145, 27 II 39, ZR 16(1917)86 und 90. Anders betr. Verzugszinsen nach Inverzugsetzung im Zusammenhang mit der Einforderung der Kommanditsumme, vgl. HARTMANN, N.22 zu Art. 610 OR.

⁹⁶ Zutreffend SIMON, 51, BISCHOFF, 101, SCHILLING, Anm. 33 zu § 172 HGB; unpräzis daher SIEGWART, N.19 zu Art. 610/12 OR, STAUB, Anm. 4 zu § 172 HGB.

⁹⁷ Vgl. S.26 ff., insbes. 28, 79 f., 87, 96.

⁹⁸ Vgl. auch vorst. Fn.84. Wie hier SIEGWART, N.20 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.14 zu Art. 610 OR.

⁹⁹ Vgl. SIEGWART, N.24 zu Art. 610/12 OR; BGE 45 II 541, vgl. dazu vorst. VII 2.1.2.

¹⁰⁰ Vgl. vorst. § 1, IV 2.1; s.a. PATRY, Précis, 353.

¹⁰¹ Vgl. auch vorst. Ziff. 2.

und zwar aus dem Gesellschaftsvermögen¹⁰² handeln muss. Ausgenommen sind folglich grundsätzlich Leistungen, die der Kommanditär aus nicht gesellschaftlichen Gründen aus dem Gesellschaftsvermögen erhält, auch wenn die Gesellschaft dafür keine oder keine vollwertige Gegenleistung erhalten bzw. noch zugute hat.¹⁰³

Als Rückerstattung mag hingegen gelten, wenn die Einlage in der Befreiung einer Schuld gegenüber einem Dritten zugunsten der Gesellschaft bestanden hatte und die Gesellschaft diese Schuld übernimmt.¹⁰⁴

Eine Rückerstattung liegt auch in der Tatsache, dass dem Kommanditär, der eine Gesellschaftsschuld bezahlt und mit seiner rückständigen Einlageverpflichtung verrechnet hat, hierfür von der Gesellschaft Ersatz in sein Privatvermögen geleistet wird.¹⁰⁵

¹⁰² Anders, falls aus dem Privatvermögen des Komplementärs stammend, so SIEGWART, N.20 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.16 zu Art. 610 OR, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1181 f.; vgl. auch Fn.34 vorst. – Rückerstattung auch in solchen Fällen gem. SUDHOFF, 22, «*weil Privat- und Gesellschaftsvermögen bei einem Privathaftler nicht trennbar sind*»; differenzierend WESTERMANN, 85 f., Anm. 12, d.h.: Rückerstattung nur, wenn gesamthänderische Bindung und damit die Trennung von Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen entfällt, wie z.B. bei Bezahlung einer Abfindung im Zusammenhang mit der Übernahme des Unternehmens durch den Komplementär. Sehr weitgehend RIEGGER, 1283 f., einverstanden im Grundsatz PEZZOLDI, 529 ff., 533, aufgrund der Überlegung, «dass der *Gesamthaftverband* gegenüber den derzeitigen Gläubigern nicht durch den Austritt eines Kommanditärs geschmälert» werden soll; jedoch ablehnend gegenüber einer Ausdehnung dieser Ansicht auf neu eintretende Kommanditisten – vgl. wiederum Fn.34 vorst. – (deren Haftung demnach auch nicht ausgeschlossen wäre, sofern die Leistung der Einlage aus Mitteln des Komplementärs stammte), weil eben durch den Beitritt die Kreditbasis nicht geschmälert, sondern erweitert würde; vgl. dens. S.534. – Der Grundgedanke eines «Gesamthaftverbandes» unter Einbezug des privaten (völlig variablen!) Vermögens des Komplementärs also, ist m.E. nicht haltbar; er bedeutet eine völlige Überdehnung der Kommanditärhaftung. Maximal ist ev. eine Ausnahme im Falle der Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven durch den einzigen Komplementär anzuerkennen; so das BGer. in BGE 77 II 52, erwähnt auch bei PEDRAZZINI, Entscheide, 99 f. – Zu den ungelösten Problemen in diesem Zusammenhang vgl. auch nachst. IX, Fn.75.

¹⁰³ Vgl. KLUK, 419 f. – entgegen SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1165 f., 1178 f., sowie entgegen der Praxis des BGH gem. SCHNEIDER/SCHNEIDER, 67; entgegen z.B. auch SIEGWART, N.20 zu Art. 610/ 12 OR, WIELAND, 763, Anm. 25.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 23 I 204; die weiteren Beispiele bei SIEGWART, N.20 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.14 ff. zu Art. 610 OR, beruhen weitgehend auf der blossen Grundlage einer Verminderung der «Tilgungsmittel» der Gesellschaft und sind daher nicht als einschlägig zu bezeichnen.

¹⁰⁵ Die Erfüllung des Regressanspruchs an sich führt – entgegen HARTMANN, N.16 zu Art. 610 OR (gl. KONIETZKO, 105, für das deutsche Recht), zumindest nach schweiz. Recht nicht zu einer «indirekten» Rückerstattung, da eine Befreiung von der Haftung vor Verrechnung mit der Einlage entfällt (vgl. vorst. Ziff. 3.2).

Schliesslich kann die Einlage¹⁰⁶ in Form einer Abfindungssumme¹⁰⁷ zurückerstattet werden.¹⁰⁸ Diesfalls lebt die Haftung des Kommanditärs innerhalb der Verjährungsfrist – für die alten Schulden¹⁰⁹ – wieder auf. Jedoch ist die *Auszahlung* der Abfindungssumme¹¹⁰ dazu nicht Voraussetzung.¹¹¹ Vielmehr genügt schon die Umwandlung in ein Darlehen,¹¹² bzw. genau genommen bereits die Entstehung des – die ehemalige Beteiligung umfassenden – Abfindungsanspruchs an sich. Denn ab Eintritt des Ausscheidensgrundes ist der Kommanditär nicht mehr Gesellschafter und kann daher schon rein begrifflich keine Einlage mehr haben.¹¹³ Der im gleichen Moment entstehende¹¹⁴ Abfindungsanspruch, welchem konsequenterweise – nach herrschender und auch nach hier vertretener Meinung – obligationenrechtliche Natur zukommt, stellt somit nicht mehr

¹⁰⁶ U.a.: häufig wird ein Anteil an stillen Reserven darin enthalten sein, vgl. vorst. § 7, IV 2.3, vgl. nachst. im Text zum Umfang der auslebenden Haftung.

¹⁰⁷ Vgl. HARTMANN, N.8 zu Art. 610 OR, SIEGWART, N.34 zu Art. 610/ 12 OR, HUECK, 147, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 29 zu § 171 HGB; BGE 19/763; anders, wenn die Zahlung aus dem Privatvermögen von Dritten oder von Gesellschaftern stammte. Ausnahme allenfalls bei einem das Geschäft allein übernehmenden oder fortsetzenden Kommanditär, so WIEDEMANN, 154, s.a. Fn.102 vorst.

¹⁰⁸ Ebenso durch Rückerstattung der Einlage anlässlich der Liquidation, vgl. SIEGWART, N.13 zu Art. 619 OR, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 15 zu § 172 HGB; s.a. nachst. IX, Fn.84.

¹⁰⁹ Vgl. statt vieler BOHNENBERG, Anm. V zu § 172, sowie vorst. VII 2.1.2.

¹¹⁰ Im folgenden gleichbedeutend mit Abfindungsguthaben verwendet. Soweit kein Guthaben entsteht, entfallen die hiernach behandelten Probleme. Eine Abfindungsschuld des Kommanditärs entfällt i.d.R. (vgl. vorst. § 7, IV 2.3.1) an sich.

¹¹¹ Entgegen BISCHOFF, 99, sowie insbes. der herrschenden deutschen Lehre, vgl. z.B. BOHNENBERG, Anm. V zu § 172 HGB, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 15 zu § 172 HGB, UHLENSBRUCK, 101, BAUMBACH/DUDEN, Anm. 2B zu § 172 HGB, SCHILLING, Anm. 29 zu § 172 HGB, LEHMANN/ DIETZ, 209 (daselbst m.E. insbes. unhaltbar, dass sogar die Verjährungsfrist erst ab Auszahlung neu zu laufen beginne! So auch SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 22 zu § 177 HGB, vgl. dazu vorst. § 7, V), SUDHOFF, 22, HASEMEYER, 69 f., KORNBUM, 219, 239, GURSKY, 1264 f. (einerseits wieder wegen der Gefahr der zufolge der unmittelbaren Haftung im deutschen Recht entstehenden *Risikokumulation*, welche das schweiz. Recht nicht betrifft, anderseits aufgrund der irrtümlichen Annahme – § 739 BGB ist auf den Kommanditisten nicht anwendbar, § 167 III HGB legt das Gegenteil fest – ein ausscheidender Kommanditist habe seinen Passivsaldo aus der Absichtungsbilanz auszugleichen, dazu vorst. § 7, IV 2.3.1). Entgegen offenbar auch der Judikatur, vgl. SCHNEIDER/SCHNEIDER, 67, betr. BGH.

¹¹² Vgl. vorst. Fn.87. Wie hier KEUK, 420 f., 423, SCHMIDT, 74 f., 120 ff., ders., Gesellschaftsrecht, 1178, 1183; anders ausdrücklich BOHNENBERG, Anm. V zu § 172 HGB, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 19 zu § 172 HGB, BAUMBACH/DUDEN, a.a.O., SCHILLING a.a.O., KORNBUM, 219 f.

¹¹³ Vgl. auch SCHMIDT, 74 f., 120 ff., s.a. 142, 159.

¹¹⁴ Und auch fällig werdenden, vgl. vorst. § 7, V.

gebundenes Gesellschaftskapital dar.¹¹⁵ Damit steht im Einklang, dass er – ebenfalls anerkanntermassen – vom Kommanditär auch im Konkurs der Gesellschaft geltend gemacht werden kann.¹¹⁶

Umfang der Abfindungssumme und der auflebenden Haftung brauchen sich nicht zu decken. In der Regel wird die Abfindungssumme einen Anteil an den stillen Reserven enthalten.¹¹⁷ Diese gehören jedoch nicht zur Einlage *sensu technico*, auch nicht zur Einlage im weiten Sinne,¹¹⁸ d.h. der Gläubiger hat darauf keinen Anspruch aus auflebender Haftung.¹¹⁹ Liegt der Betrag der – rückerstatteten – Einlage unter dem Betrag der Kommanditsumme, so ist die Haftung insoweit noch nicht konsumiert worden, und hat der Gläubiger aus diesem Grunde Anspruch auf die Differenz;¹²⁰ auf die volle Differenz allerdings nur, sofern die – geleistete – Einlage nicht durch Verluste geschmälert war. Denn im Zeitpunkt der Beendigung der Mitgliedschaft bestehende Verluste führen nicht zu einem Aufleben der Haftung.¹²¹ Lag die Einlage über dem Betrag der Kommanditsumme, lebt die Haftung im Rahmen dieses Überschusses nicht wieder auf.¹²²

¹¹⁵ Vgl. dazu auch Fn.30 vorst.

¹¹⁶ Vgl. vorst. § 7, III, § 6, II. Das, z.B. von SCHIEGELBERGER-GESSNER, Anm. 17 und 19 zu § 172 HGB, geforderte «Zurücktreten» des ausgeschiedenen Kommanditärs mit seinem Anspruch hinter die übrigen Gesellschaftsgläubiger im Konkurs entbehrt m.E. jeglicher Grundlage und scheint auch wenig praktikabel; vgl. auch die Kritik von KEUK, 421 (unter Hinweis auf die unangebrachte Übernahme von Gedankengängen und Judikatur betr. Anfechtung der Rückzahlung einer Einlage an den stillen Gesellschafter, vgl. dies. S.422.), SCHMIDT, 73, KONIETZKO, 110, Anm. 21; zur Möglichkeit einer Verrechnungseinrede im Konkurs gegenüber den Altgläubigern vgl. nachst. IX 2.4.3.1.3.

¹¹⁷ Vgl. vorst. § 7, IV 1 und 2.3.

¹¹⁸ Vgl. U.HUBER, 260, sowie vorst. § 1, III 3, § 9, V 2, nachst. Ziff. 4.2.2, Fn.161.

¹¹⁹ Vgl. immerhin für die in Abweichung der Bezugsbeschränkung bezogenen Zinsen und Gewinne, nachst. Fn.128.

¹²⁰ Diese Möglichkeit haben auch SIEGWART, N.34 zu Art. 610/12 OR, und HARTMANN, N.8 zu Art. 610 OR, im Auge.

¹²¹ Vgl. KONIETZKO, 111, s.a. die Rechnungsbeispiele nachst. 4.2.2.

¹²² Wie hier BOHNENBERG, Anm. V zu § 172 HGB, KONIETZKO, 109, unpräzis BISCHOFF, 134, KORMANN, 896, 2.Sp., m.E. nicht haltbar SCHMIDT, 26 ff., dazu bereits Fn.84 vorst.

4.2 Bezug von Zinsen und Gewinn trotz bestehender oder drohender Verminderung des Kapitalanteils

4.2.1 Grundsatz

Einer Rückerstattung werden von Gesetzes wegen grundsätzlich gleichgestellt¹²³ Bezüge von Zinsen und Gewinn durch den Kommanditär, die in Abweichung¹²⁴ von der internen, dispositiven Beschränkung des Bezugsrechts, dem Ausfluss der internrechtlichen Bedeutung von Art. 611 I OR,¹²⁵ getätigt worden waren. Mit anderen Worten lebt die Haftung zugunsten der Gläubiger¹²⁶ wieder auf,^{127,128} wenn Zinsen und Gewinnanteile¹²⁹ trotz bestehender oder drohender Verminderung des Kapitalanteils zufolge von Verlusten¹³⁰ der Gesellschaft in dem oder den vorangegangenen

¹²³ Zu den notwendigen Differenzierungen vgl. nachst. im Text. Vgl. auch die Zusammenfassung in einem Artikel *de lege ferenda*, nämlich Art. 611, Aufleben der Haftung nach Zins- und Gewinnbezügen insbes. vgl. Art. 611 II, im Schlusswort.

¹²⁴ Die Ausdrücke «Umgehung», «Verstoss», «unter Missachtung», «unerlaubt», «unstatthaft» wurden bewusst vermieden, da von den dispositiven Beschränkungen des Bezugsrechts intern o. w. abgewichen werden darf, vgl. vorst. § 2, V 1.1, § 3, IV 1.1; s.a. STAUB, Anm. 6 zu § 172 HGB, KLAUSS/MITTELBACH, 151, Anm. 248. Unzutreffend bspw. KAUFMANN, 65. Das Aufleben der Haftung ist nicht die Folge einer widerrechtlichen Handlung, vgl. bereits Fn. 92 vorst. Ebensowenig geht es – im Aussenverhältnis – um eine Rückforderungsklage, unzutreffend BGE 27 II 38, richtig BGE 45 II 541; ungenau auch KONIETZKO, 51, 104, betr. § 169 HGB, welcher von einer «verbotenen» bzw. «untersagten» Handlungsweise spricht.

¹²⁵ Dazu ausführlich vorst. § 2, V 1.3.2, § 3, IV 1.3; s.a. Art. 802 II OR im Rechte der GmbH. – Die Ausdrücke «Bezugsrechtsbeschränkung» (verkürzt Bezugsbeschränkung) und «Verpflichtung zum Stehenlassen» werden wiederum gleichwertig verwendet.

¹²⁶ Zu den Möglichkeiten der Gesellschaft, derartige Zinsen- und Gewinnbezüge zurückzufordern, auch zur Behandlung des guten Glaubens im Verhältnis zur Gesellschaft vgl. vorst. § 2, V 1.3.3, § 3, IV 1.3, nachst. IX 1.2.

¹²⁷ In diesem Aufleben der Haftung liegt also wiederum eine gewisse Sicherheit für die Gläubiger, die aber nicht Ausfluss einer zwingenden Kapitalerhaltungspflicht, einer Pflicht zur Erhaltung der «Kommanditsumme» oder «Kommandite» und daher auch nicht schlechthin «unveränderlich» ist. Teilweise unzutreffend der im übrigen sehr differenzierte BGE 45 II 538.

¹²⁸ Hierher gehört innerhalb der Verjährungsfrist auch das Aufleben der Haftung betreffend Ansprüche des Gläubigers gegenüber dem Kommanditär auf Rückleistung von in Abweichung der gesetzlichen Beschränkung bezogenen Zinsen, sofern die Abfindungssumme den Betrag der Kommanditsumme nicht erreicht. Vgl. HARTMANN, N. 7 zu Art. 611 sowie N. 5 zu Art. 591 OR, VON STEIGER, 652; BGE 45 II 541.

¹²⁹ Hier also wirkt sich die Frage aus, ob eine Tantième im Einzelfall ganz oder teilweise als Gewinnbezug zu betrachten sei, vgl. HARTMANN, N. 6 zu Art. 611 OR, SIEGWART, N. 30 zu Art. 610/12 OR. Vgl. auch vorst. § 4, I.

¹³⁰ Vgl. nachst. bei Fn. 136, s.a. vorst. § 9, IV 2.3 (a.E.).

nen Geschäftsjahren – betreffend Zinsen unter Umständen zusätzlich zufolge Verlusten des laufenden Jahres – bezogen worden waren.¹³¹

Durch den Bezug von Zinsen erzeugt oder vergrößert wird also, wie FOLLIET¹³² zu Recht festhält, nicht der *Verlust* der Gesellschaft an sich;¹³³ dieser ist buchhalterisch betrachtet vielmehr Folge der *Entstehung* der Zinsschuld.¹³⁴ Durch den Bezug – und zwar von Zinsen oder Gewinn – kann vielmehr einzig¹³⁵ eine *Verminderung des Kapitalanteils* des Kommanditärs erzeugt,¹³⁶ bzw. eine bestehende Verminderung vergrößert werden.

Im Zusammenhang mit diesen Präzisierungen wird auch klar, dass das Gesetz die Folgen einer Abweichung von den Beschränkungen des Bezugsrechts und damit des Auflebens der Haftung nur an den *Bezug*,¹³⁷ nicht an die bloße Gutschrift der Zinsen und Gewinnanteile auf Kapitalkonto knüpft.¹³⁸ Denn das Stehenlassen auf Kapitalkonto gleicht die allfällige Verminderung des Kapitalanteils ja eben – ganz oder teilweise –¹³⁹ aus bzw. vermeidet eine solche gerade und lässt damit jegliches

¹³¹ Keinesfalls gilt daher, dass «jede Zinszahlung trotz Fehlen eines Gewinns» von den Gläubigern als Kapitalrückzahlung angenommen werden kann, so SIEGWART, N.22 zu Art. 610/12 OR, z.T. ein Ausfluss seiner Annahme eines unechten Zinsanspruchs, welcher der Vordividende des deutschen Rechts nahekommt, dazu vorst. § 3, II 2.

¹³² S.82 f. (betr. Zinsen), 85 (betr. Gewinn).

¹³³ Entgegen SIEGWART, N.22, s.a. N.23 und N.25 zu Art. 610/12 OR, SIMON, 56, BISCHOFF, 102, 103, 104, GUHL, Juristische Karte Nr.760, S.2, sowie betr. Zinsen FURRER, 245, s.a. VON STEIGER, 634, sogar betreffend Gewinn; treffend BGE 45 II 537.

¹³⁴ Belastung beim Aufwand, gegenüber der Gutschrift auf dem Kapitalkonto des Kommanditärs.

¹³⁵ Aber an sich sehr wohl – entgegen FOLLIET, a.a.O.

¹³⁶ Sogenannte Intakthaltungspflicht, als Spezialfall der Verpflichtung zum Stehenlassen bzw. der Beschränkung des Bezugsrechts, dazu vorst. § 2, V 1.3.2, § 3, IV 1.3; nur diesen letzteren Fall hat VON STEIGER, 634, im Auge, im Einklang mit dem verstümmelten Wortlaut von Art. 611 I OR, vgl. dazu vorst. § 2, V 1.3.2.

¹³⁷ Auszahlung und Verbuchung auf Separatkonto erfassend, vgl. vorst. § 2, V 1.1; a.A., d.h. im Aussenverhältnis im Gegensatz zum Innenverhältnis nur die Auszahlung, nicht die Gutschrift auf Separatkonto umfassend, wiederum die herrschende deutsche Lehre (vgl. dazu schon vorst. bei Fn.111 und 112), s.a. BOHNENBERG, Anm. VI zu § 172 HGB, SCHILLING, Anm. 29, 31, 39 zu § 172 HGB, offenbar basierend auf BGH 39, 331, SCHLEGELBERGER/GENSLER, Anm. 28 zu § 172 HGB, FURRER, 243, 245, in Abweichung seiner Haltung gegenüber Darlehensförderungen allgemein auch SCHMIDT, 96/7. Diese Meinung ist widersprüchlich; sie leuchtet nicht ein. Wesentlich ist m.E. dass die Verfügung jederzeit frei vorgenommen, dass im Konkurs beispielsweise der entsprechende Kontosaldo als Forderung angemeldet werden kann. Wie hier KONIETZKO, 26, 110 (betr. Verbuchungen von Darlehen allgemein), KEUK, 420.

¹³⁸ In diesem Sinne, aber m.E.unnötig umständlich auch SIEGWART, N.27 zu Art. 610/12 OR, unklar BGE 27 II 39; gl. BAUMBACH/DUDEN, Anm. 2D zu § 172 HGB.

¹³⁹ Entgegen SIEGWART, N.33 zu Art. 610/12 OR, sowie BISCHOFF, 63, inkl. N.7, auch durch Gutschrift von Zinsen aus Verlustjahren. Wie durch Zinsen aus Verlustjahren die Einlage «tatsächlich nicht wieder ergänzt» sein solle, ist übrigens schwer vorstellbar. Soll

Aufleben der Haftung gegenstandslos werden. Entgegen SIEGWART¹⁴⁰ enthält das Gesetz in Art. 611 revOR den Ausdruck «Bezug» immerhin noch im Marginale.¹⁴¹

Die vorstehenden Ausführungen beinhalten im übrigen zusammengefasst grundsätzlich die – von dem erwähnten Marginale und Wortlaut her leider kaum mehr verständliche – externrechtliche Aussage von Art. 611 I OR,¹⁴² welche allerdings pikanterweise im Gegensatz zur internrechtlichen völlig unbestritten ist.¹⁴³ Schon das aOR sowie sämtliche drei Entwürfe enthielten demgegenüber wie erwähnt einen weiteren klaren Absatz bzw. sogar einen selbständigen weiteren Artikel, der diese Haftungsfolge deutlich zum Ausdruck brachte. Zum besseren Verständnis sei der Wortlaut auch der beiden jeweils vorangehenden Absätze bzw. des vorangehenden Artikels voll zitiert:

Absatz 1 (gemäss E I Art. 615 I, E II Art. 628 I, E III Art. 611 I; ähnlich, etwas unvollständiger Art. 605 I aOR)

«Zinse dürfen dem Kommanditär, auch wenn sie durch Vertrag besonders bedungen sind, nur aufgrund einer ordnungsmässigen Bilanz und nur insoweit ausbezahlt werden, als dadurch die Kommanditsumme nicht vermindert wird.»

ein derartiges Stehenlassen gar die Haftung wiederaufleben lassen? Dies wäre an sich die wenig einleuchtende, von SIEGWART selbst allerdings nicht gezogene Konsequenz, welche ihrerseits die Konsequenz der wenig sinnvollen Verneinung des grundsätzlichen Zinsanspruchs an sich darstellt. Wie hier STIFFLER, 62. Vgl. zum Ganzen bereits vorst. § 3, IV, bei Fn.109.

¹⁴⁰ A. a. O.

¹⁴¹ Der in gewissem Sinne vergleichbare Art. 802 II OR enthält den Begriff «Bezug» sogar im Text.

¹⁴² Zur Entstehungsgeschichte und der «unheilvollen Konzentration» ausführlich vorst. § 2, V 1.3.2, s.a. SIEGWART, N.22 zu Art. 610/12 OR. Vgl. zur Kritik an Abs. 5 von § 172 HGB, welcher ebenfalls vom «Zurückzahlen» spricht, aber die Haftung meint, BAUMBACH/DUDEN, Anm. 2D zu § 172 HGB. – Vgl. hiezu Formulierungsvorschlag und Marginale de lege ferenda (Art. 611), nachst. im Schlusswort.

¹⁴³ Vgl. HARTMANN, N.1 und N.3 zu Art. 611 OR, HIRSCH, 167 f., SIEGWART, N.28a zu Art. 610/12 OR, FUNK, N.3 zu Art. 601 OR, VON STEIGER, 634.

Absatz 2 (gemäss E II Art. 628 II, E III Art. 611 II)

«Bis zur Wiederergänzung der durch Verluste verminderten Einlage¹⁴⁴ hat der Kommanditär keinen Anspruch auf Zinsen oder Gewinn.»¹⁴⁵

Absatz 3 (gemäss aOR Art. 605 III, E II Art. 628 III, E III Art. 611 III; bzw. gemäss separatem Artikel in E I, nämlich Art. 616)

«Er¹⁴⁶ haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn und soweit er diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen von ihr empfangen hat...»

Präzis und deutlich auf die in § 169 (nicht 167!) HGB¹⁴⁷ geregelte Beschränkung des Bezugsrechts¹⁴⁸ nimmt das geltende deutsche Recht § 172 IV HGB Bezug; im Wortlaut:

«Soweit die Einlage eines Kommanditisten zurückbezahlt wird, gilt sie den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet. Das gleiche gilt, soweit ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, oder soweit durch die Entnahme der Kapitalanteil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird.»¹⁴⁹

In seinem externrechtlichen Sinne dient Art. 611 I OR dem Schutze der Gläubiger. Er bedeutet ein verständliches und einleuchtendes Korrektiv zur fehlenden unbeschränkten Haftung des Kommanditärs. Ausgeglichen wird eine ungerecht scheinende Schmälerung des Haftungssubstrates.¹⁵⁰

Beim Kollektivgesellschafter und Komplementär wird der Gesellschaftsgläubiger notfalls die unter entsprechenden Umständen getätigten Bezüge – zumindest theoretisch¹⁵¹ – im unbeschränkt haftenden Privat-

¹⁴⁴ E III: Kommanditsumme.

¹⁴⁵ Gemäss aOR Art. 605 II und E I Art. 615 II: «...darf der Kommanditär weder Zinse noch Gewinn beziehen....»; dazu kurz vorst. § 2, V 1.3.2.

¹⁴⁶ E I: der Kommanditär.

¹⁴⁷ Vgl. vorst. § 2, V 1.3.1.

¹⁴⁸ Nur bezüglich Gewinn, das deutsche Recht kennt keinen Zinsanspruch des Kommanditärs und Komplementärs.

¹⁴⁹ Vgl. die daran teilweise angelehnte Formulierung de lege ferenda, (Art. 611 II), nachst. im Schlusswort.

¹⁵⁰ Ähnlich RIEGGER, 1283, 2.Sp., für Rückerstattungen allgemein. Zu diesem Entscheid, der in jedem Fall ein Ermessensentscheid des Gesetzgebers sein muss, vgl. FURRER, 247 ff.

¹⁵¹ Immer wieder ist die Begründung anzutreffen, dass der Kollektivgesellschafter und Komplementär auf den Bezug der Zinsen trotz Verminderung des Kapitalanteils angewiesen sei, weil er davon leben müsse. Diesfalls wird auch nicht mehr viel anzutreffen sein; vgl. statt vieler HUBER, Ber.I, 16, 29, vgl. dazu bereits vorst. § 3, IV 1.3 bei Fn.128.

vermögen der Gesellschafter wieder finden. Nicht so beim Kommanditär, dessen Haftungsumfang auf eine abstrakt fixierte Haftungssumme festgelegt ist – wobei diese allerdings im Einzelfall das Privatvermögen des Komplementärs übersteigen kann. Der Kommanditär soll sich daher *bei Auflösung* der Gesellschaft in dem Umfang nicht auf eine Haftungsbefreiung berufen können, als er dem Gesellschaftsvermögen, das ja primär haftet, durch seine die Verminderung des Kapitalanteils bewirkenden oder vergrößernden Bezüge eigentliche Substanz entzogen hat.¹⁵² Was hingegen während der Dauer der Gesellschaft geschieht, ist der Einflussnahme der Gläubiger entzogen, d.h. sie können keinerlei Rücksichtnahme beanspruchen, geschehen diese Bezüge nun mit oder ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter.

4.2.2 Umfang der auflebenden Haftung insbesondere

Nicht ganz einfach gestaltet sich die Ermittlung des genauen Umfanges der auflebenden Haftung *in concreto*.¹⁵³ Er kann, muss aber nicht mit dem Umfang der in Abweichung der Bezugsbeschränkung getätigten Bezüge zusammenfallen. Die Haftung lebt, entgegen SIEGWART¹⁵⁴ nicht in jedem Fall «in entsprechendem Betrage» wieder auf. Internum und Externum laufen nicht unbedingt parallel;¹⁵⁵ sie orientieren sich an verschiedenen Grössen. Insofern waren auch die Texte von aOR und der drei Entwürfe unpräzise.¹⁵⁶

Die Verpflichtung zum Stehenlassen von Zinsen und Gewinnanteilen orientiert sich am Stande des Kapitalanteils bzw. der geleisteten Einlage im

¹⁵² Treffend SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 20 zu § 172 HGB: «Die Billigkeit verlangt, dass der Gläubiger, der den Verlust der Einlage gegen sich gelten lassen muss, beanspruchen kann, dass der Gewinn zunächst zur Deckung dieses Verlustes verwandt wird.»

¹⁵³ Zum Umfang des Auflebens der Haftung beim System der fixen Kapitalanteile und geteilten Kapitalkonten, vgl. U.HUBER, 260. Massgebend ist der Gesamtsaldo beider Konten.

¹⁵⁴ N.22, s.a. N.24 zu Art. 610/12 OR, ähnlich FURRER, 246. – Vgl. bereits zum Aufleben der Haftung bei eigentlichen Rückerstattungen, sowie insbes. bei Rückerstattungen im Zusammenhang mit dem Ausscheiden des Kommanditärs vorst. Ziff. 4.1.

¹⁵⁵ Vgl. hiezu auch BAUMBACH/DUDEN, Anm. 2C und D zu § 172 HGB, SCHILLING, Anm. 36 zu § 172 HGB, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 22, unpräzise jedoch Anm. 29 zu § 172 HGB.

¹⁵⁶ Vgl. Gesetzeszitate vorst. Ziff. 4.2.1, insbes. der jeweilige Abs. 3 bzw. E I Art. 616.

weiten Sinne¹⁵⁷ vor Beginn der Verluste;¹⁵⁸ die Haftung je immer an der Kommanditsumme. Das heisst auch das allfällige Aufleben der Haftung aufgrund von Art. 611 I OR ist nach oben in jedem einzelnen Bezugsfalle durch den Betrag der Kommanditsumme begrenzt.¹⁵⁹

Damit entspricht der Umfang der auflebenden Haftung nur dann der Summe der in Abweichung von der Bezugsbeschränkung getätigten Bezüge,¹⁶⁰ sofern der Kapitalanteil¹⁶¹ vor Beginn der Verluste,¹⁶² d.h. die geleistete Einlage im weiten Sinne, gleich gross oder kleiner¹⁶³ war als die Kommanditsumme. Überstieg die geleistete Einlage im weiten Sinne zu jenem Zeitpunkt die Kommanditsumme, so ist zu unterscheiden: Wurde nur dieser Überschuss durch Bezüge tangiert, so ergibt sich wohl intern eine Beschränkung des Bezugsrechts,¹⁶⁴ jedoch kein Aufleben der Haftung.¹⁶⁵ Erst wenn der Kapitalanteil durch vermehrte Bezüge und/oder schlechte Geschäftsjahre unter die Höhe der Kommanditsumme gerät, lebt die Haftung wieder auf, aber je immer nur bis zum Betrage der Kommanditsumme.¹⁶⁶

Unumgänglich ist dabei ein vom Zeitpunkt der Auflösung her beginnendes Aufrollen der vergangenen Geschäftsjahre bis zum Beginn der

¹⁵⁷ Dazu erneut vorst. § 1, III 3.

¹⁵⁸ Vgl. vorst. § 2, V 1.3.2, § 3, IV 1.3, sowie die je zugehörigen Zahlenbeispiele. Zu global daher die Prüfung der Bilanz in BGE 27 II 38, um zu sehen, ob «sich ein Verlust ergeben» hat.

¹⁵⁹ So auch HARTMANN, N.4 zu Art. 611 OR, SIEGWART, N.32 zu Art. 610/12 OR, vgl. die nachst. Rechnungsbeispiele.

¹⁶⁰ Da diese Verluste der früheren respektive des laufenden Geschäftsjahres voraussetzen, ist selbstverständlich, dass Bezüge aus genügendem Gewinn auch dann gemacht werden dürfen, wenn der Betrag der geleisteten Einlage weder die vertraglich vereinbarte Einlage noch den Betrag der Kommanditsumme erreicht hat, so SIEGWART, N.23 zu Art. 610/12 OR, BISCHOFF, 103, denn eine Kapital«auffüllungs»- bzw. -«aufbringungs»pflicht ist der KG auch betreffend Kommanditär fremd. Vgl. hiezu vorst. § 2, V 1.3.1.

¹⁶¹ Auf das Vorliegen von stillen Reserven kann sich der Kommanditär gegenüber den Gläubigern nicht berufen, vgl. U. HUBER, 260, Anm. 66; vgl. auch vorst. 4.1, bei Fn.117.

¹⁶² Gleich § 172 IV HGB. Unzutreffend BOHNENBERG, Anm. V zu § 172 HGB, abstellend auf die bedungene Einlage; ebenso Anm. I zu § 169 HGB, dazu schon vorst. § 2, V 1.3.2.

¹⁶³ War sie grösser, ist die Rest-Haftung nie erloschen, vgl. nachst. im Text.

¹⁶⁴ Vgl. vorst. § 2, V 1.3.2, s.a. SIEGWART, N.32 zu Art. 610/12 OR.

¹⁶⁵ Diesbezüglich zutreffend HARTMANN, N.4 und N.32 zu Art. 611 OR, SIMON, 56, s.a. SIEGWART, N.23 zu Art. 610/12 OR, FURRER, 246. Unhaltbar m.E. SCHMIDT, 26 ff., 79, 87, 96; wie hier KONFEZKO, 112, mit der zutreffenden Begründung, dass die abweichende Ansicht die Schranken zwischen Innen- und Aussenverhältnis nicht beachtet und die beiden Sphären in unzulässiger Weise vermengt.

¹⁶⁶ So auch BOHNENBERG, Anm. V zu § 172 HGB.

letzten Verlustphase und eine Prüfung der einzelnen Bezüge auf ihre Vereinbarkeit mit dem obgenannten Grundsatz hin.¹⁶⁷

Maximal begrenzt ist aber der Umfang der *auflebenden* Haftung als Ganzes – abgesehen von der Kommanditsumme als Obergrenze –¹⁶⁸ durch den Umfang der vor Beginn der Verlustphase geleisteten Einlage im weiten Sinne (im Sinne des damaligen Kapitalanteils).¹⁶⁹ Denn andernfalls wäre die beschränkte Haftung des Kommanditärs nicht mehr gewahrt;¹⁷⁰ für den allfälligen Differenzbetrag zwischen dem erwähnten Stand des Kapitalanteils und der – höheren – Kommanditsumme ist der Gläubiger nämlich durch die von Anfang an bestehende und durch den Geschäftsverlauf unberührt gebliebene ursprüngliche (Rest-)Haftung geschützt.¹⁷¹ Er bedarf daher des Korrektivs von Art. 611 I OR gar nicht. – War die geleistete Einlage grösser als die Kommanditsumme, so ist der Maximalumfang der auflebenden Haftung wie erwähnt bereits durch die (niedrigere) Höhe der Kommanditsumme begrenzt.

Zusammengefasst entspricht der Umfang des Auflebens der Haftung bei Bezug von Zinsen und Gewinn in oder nach Verlustjahren¹⁷² dem Umfang der in Abweichung der Beschränkung des Bezugsrechts getätigten Bezüge innerhalb einer Verlustphase,¹⁷³ sofern der Betrag der Kommanditsumme gleich gross oder grösser ist als der Betrag des Kapitalanteils vor Beginn der Verluste.¹⁷⁴ Ist die Kommanditsumme kleiner als der erwähnte Stand

¹⁶⁷ Zutreffend diesbezüglich BGE 27 II 38 f. – Die Verjährung richtet sich auch hiefür nach Art. 591 OR, es gilt demnach die 5-jährige Frist ab Beendigung der Mitgliedschaft des Kommanditärs durch sein Ausscheiden oder Auflösung der Gesellschaft; vgl. BGE 45 II 541 f., s.a. BISCHOFF, 104.

¹⁶⁸ D.h. in Fällen, wo der Betrag der Kommanditsumme über der geleisteten Einlage lag oder gleich gross war.

¹⁶⁹ Nicht ganz klar SIEGWART, N.32 zu Art. 610/12 OR; unzutreffend SCHLEGELBERGER/ GESSLER, Anm. 21 zu § 172 HGB a.E.: Die Gewinnentnahme kann den Haftungsumfang in keinem Falle vergrössern. Der Kommanditär ist bei Auflösung der Gesellschaft zu einem Ausgleich des Passivsaldos nicht verpflichtet.

¹⁷⁰ Dem entspricht die intern dispositiv angeordnete Entbindung des Kommanditärs von einer Nachschusspflicht bei Auflösung der Gesellschaft, wobei sich diese allerdings an der vereinbarten Einlage orientiert; Art. 601 I OR, dazu vorst. § 10, II 1.

¹⁷¹ Vgl. SIEGWART, N.32 zu Art. 610/12 OR, zu wenig klar unterschieden bei SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1180, sowie bei HUECK, 145 (im übrigen aufschlussreiches Zahlenbeispiel).

¹⁷² Genau: i.S. von Jahren, in denen eine Verminderung seines Kapitalanteils bewirkt oder vergrössert wurde.

¹⁷³ Abgeschlossen durch Wiedererreichung des Standes des Kapitalanteils vor Beginn der Verluste.

¹⁷⁴ Entsprechend der geleisteten Einlage i.w.S.

der geleisteten Einlage, ist diese je immer für die obere Begrenzung des Auflebens der Haftung massgebend.¹⁷⁵

Dass der Umfang der Haftung, inklusive der auflebenden Haftung, in der Differenz zwischen dem Kapitalanteil des Kommanditärs bei Auflösung der Gesellschaft und der Kommanditsumme bestehe,¹⁷⁶ ist eine allzu vereinfachte Betrachtungsweise, wie aus den vorstehenden Ausführungen teilweise erhellt. Sie stimmt solange, als der Kapitalanteil im Sinne der ursprünglich geleisteten Einlage samt Zuwachs keinerlei Verminderungen durch Verbuchung von Verlustanteilen erlitten hat.¹⁷⁷ Wird die Gesellschaft unverzüglich nach Eintritt der Verluste aufgelöst, entfällt die durch die Verlusttragungspflicht bewirkte Verminderung des Kapitalanteils für den Umfang der Haftung. Das heisst es entspricht die Haftung nach wie vor der Differenz zwischen dem Umfang des Kapitalanteils *vor* Eintritt der Verluste und der Kommanditsumme. Denn die Einlage war nach wie vor geleistet und nicht zurückerstattet (Art. 610 II OR). Dauert jedoch die Gesellschaft weiter an und sind in den folgenden Jahren Zins- oder Gewinnbezüge in Abweichung von den Bezugsbeschränkungen getätigt worden, bewirken diese ein Aufleben der Haftung im vorbeschriebenen Sinne und Umfange. Der entsprechende Betrag ist diesfalls zur obgenannten Differenzsumme dazuzuzählen und einzuwerfen. Solange der Kapitalanteil durch dieses Stehenlassen von Zinsbetroffnissen und Gewinnanteilen nicht wieder vollständig hätte ausgeglichen werden können, entspricht der Umfang der Haftung keinesfalls der vollen Differenz zwischen dem Stand des Kapitalanteils des Kommanditärs bei Auflösung der Gesellschaft einerseits und der Kommanditsumme anderseits.

¹⁷⁵ Vgl. zum ganzen auch die nachst. Zahlenbeispiele.

¹⁷⁶ So HIRSCH, 169, BOHNENBERG, Anm. V zu § 172 HGB.

¹⁷⁷ Die Definition trifft hingegen zu bei Rückerstattungen, vgl. ebenfalls die nachst. Zahlenbeispiele.

Die vorstehenden Ausführungen betreffend Umfang der Haftung allgemein, insbesondere betreffend Umfang des Auflebens der Haftung, sollen wiederum anhand einiger einfacher RECHNUNGSBEISPIELE illustriert werden:

Variante A: Kommanditsumme grösser als geleistete Kommanditeinlage

Kommanditsumme	:	200
----------------	---	-----

Kommanditeinlage, vereinbart	:	150
---------------------------------	---	-----

Kommanditeinlage, geleistet (i.w.S. = Kapitalanteil)	:	100
--	---	-----

Zins	:	4%
------	---	----

1. Fall: reine Verlustjahre

Kapitalkonto Kommanditär

1. Geschäftsjahr

	S	H	
Geleistete Einlage		<u>100</u>	= Kapitalanteil (Einlage i. w. S.) vor Beginn der Verlustphase
Verlustanteil	10		
Zinsgutschrift		4	
Stand Ende Jahr, vor Bezug		94	falls hier aufgelöst: Haftung 100 (nicht 106), 6 bleiben als extern nicht auszugleichender Verlust (Einlage geleistet und nicht zurückerstattet); anders, wenn der Kapitalanteil um 10, i. S. eines Rückbezuges vermindert worden wäre.
Bezug Zins	4		getätigt in Abweichung von der Verpflichtung zum Stehenlassen
Kapitalanteil Ende Jahr		<u>90</u>	

2. Geschäftsjahr

	S	H	
Eröffnung		90	
Verlustanteil	10		
Zinsgutschrift		3,6	
Stand Ende Jahr, vor Bezug		93,6	
Bezug Zins	3,6		getätigt in Abweichung von der Verpflichtung zum Stehenlassen
Kapitalanteil Ende Jahr		<u>80</u>	

3. Geschäftsjahr

	S	H
Eröffnung		80
Verlustanteil	20	
Zinsgutschrift		3,2
Stand Ende Jahr, vor Bezug		63,2
Bezug Zins	3,2	
Kapitalanteil bei Auflösung der Gesellschaft		<u>60</u>

getätigt in Abweichung von
der Verpflichtung zum Stehenlassen

Verluste total: 40.
Verpflichtung zum Stehenlassen (Bezugsbeschränkung):
 $4 + 3,6 + 3,2 = 10,8$ (Zins)

Aufleben der Haftung: 10,8;
«entsprechend», d.h. gleich gross, weil Kommanditsumme grösser als geleistete Einlage (Kapitalanteil) vor Beginn der Verluste.

Resthaftung (Differenz Kapitalanteil vor Beginn der Verluste und Kommanditsumme) : $\frac{100}{100}$
einzuwerfen: 110,8

Für Verlust im Umfang von $40 - 10,8$ (Aufleben der Haftung für bezogene Zinsen) = 29,2 lebt Haftung nicht mehr auf.

2. Fall: Verlust- und Gewinnjahre**Kapitalkonto Kommanditär****1. Geschäftsjahr**

	S	H	
Eröffnung		<u>100</u>	Kapitalanteil vor Beginn der 1. Verlustphase
Verlustanteil	10		
Zinsgutschrift		4	
Stand Ende Jahr, vor Bezug		94	
Bezug Zins	4		
Kapitalanteil Ende Jahr		<u>90</u>	

2. Geschäftsjahr

	S	H	
Eröffnung		90	
Gewinnanteil		20	
Zinsgutschrift		3,6	
Stand Ende Jahr, vor Bezug		113,6	
Bezug Zins	3,6		Bezug im Rahmen des Überschusses – keine Ab- weichung von der Ver- pflichtung zum Stehenlas- sen; kein Aufleben der Haf- tung
Kapitalanteil Ende Jahr		<u>110</u>	

Gewinn stehen gelassen, er-
gibt erhöhten Kapitalanteil
(erlaubt, da vereinbarte
Kommanditeinlage = 150,
vgl. Art. 601 III OR)

3. Geschäftsjahr

	S	H	
Eröffnung		<u>110</u>	Kapitalanteil vor Beginn der 2. Verlustphase
Verlustanteil	20		
Zinsgutschrift		4,4	
Stand Ende Jahr, vor Bezug		<u>94,4</u>	
Bezug Zins	4,4		getätigt in Abweichung von der Verpflichtung zum Ste- henlassen
Kapitalanteil Ende Jahr		<u>90</u>	

4. Geschäftsjahr

	S	H	
Eröffnung		90	
Gewinnanteil		5	
Zinsgutschrift		3,6	
Stand Ende Jahr, vor Bezug		<u>98,6</u>	
Bezug Gewinnanteil	5		Gewinn- und Zinsbezug ge- tätigt in Abweichung von der Verpflichtung zum Ste- henlassen
Bezug Zins	3,6		
Kapitalanteil Ende Jahr		<u>90</u>	

5. Geschäftsjahr

	S	H
Eröffnung		90
Verlustanteil	10	
Zinsgutschrift		3,6
Stand Ende Jahr, vor Bezug		83,6
Bezug Zins	3,6	
Kapitalanteil bei Auflösung der Gesellschaft		<u>80</u>

getätigt in Abweichung von
der Verpflichtung zum Stehen-
lassen
Verluste der letzten Verlust-
phase: 30

Verpflichtung zum Stehen-
lassen in 2. Verlustphase:
(Zins) 4,4 + (Gewinn) 5 +
(Zins) 3,6 + (Zins) 3,6 =
16,6

Aufleben der Haftung: 16,6
(entsprechend, da Kom-
manditsumme grösser als
Kapitalanteil vor Beginn
der Verluste)

Resthaftung (Differenz zwi-
schen 110 + Kommandit-
summe): 90
einzuwerfen 106,6

(Kein Aufleben der Haftung
für Verlust im Umfang von
30 - 16,6 = 13,4)

Variante B: Kommanditsumme kleiner als geleistete Kommanditeinlage

Kommanditsumme	:	150	
Kommanditeinlage	:	200	(vereinbart und geleistet)
Zins	:	4%	

Kapitalkonto Kommanditär

1. Geschäftsjahr

	S	H	
Eröffnung		<u>200</u>	Stand geleistete Einlage (Kapitalanteil) vor Beginn der Verluste
Verlustanteil	20		
Zinsgutschrift		8	
Stand Ende Jahr, vor Bezug		<u>188</u>	
Bezug Zins	8		getätigt in Abweichung der Verpflichtung zum Stehen- lassen (Bezugsgrösse: 200), jedoch kein Aufleben der Haftung bewirkend (Be- zugsgrösse 150)
Kapitalanteil Ende Jahr		<u>180</u>	

2. Geschäftsjahr

	S	H	
Eröffnung		180	
Verlustanteil	50		
Zinsgutschrift		7,2	
Stand Ende Jahr, vor Bezug	137,2		
Bezug Zins	7,2		getätigt in Abweichung der Verpflichtung zum Stehen- lassen; gleichzeitig Aufleben der Haftung bewirkend, da im Bereich unterhalb der Kommanditsumme
Kapitalanteil bei Auflösung der Gesellschaft		<u>130</u>	Verluste total : 70 Aufleben der Haftung: 7,2 einzuwerfen : <u>7,2</u> Keine Rest-Haftung, da Kommanditsumme in Form des Kapitalanteils, bzw. der Einlage i.w.S., vor Beginn der Verluste bereits geleistet.

4.2.3 Ausnahmen

4.2.3.1 Bezug in gutem Glauben gestützt auf ordnungsmässige Bilanz

Art. 611 I OR dient wie erwähnt dem Schutze der Gläubiger; er kompensiert die beschränkte Haftung des Kommanditärs bis zu einem gewissen Grade. Dieser Schutz findet dort seine Grenze,¹⁷⁸ wo der Kommanditär die Zinsen und/oder den Gewinn¹⁷⁹ aufgrund einer ordnungsmässigen

¹⁷⁸ Als Ausfluss einer weiteren Billigkeitsentscheidung des Gesetzgebers, so FURRER, 246.

¹⁷⁹ Bei den sonstigen Rückerstattungen der Einlagen kann sich der Kommanditär nicht auf seinen guten Glauben berufen; so ausdrücklich STAUB, Anm. 8 zu § 172 HGB, SCHILLING, Anm. 40 zu § 172 HGB.

Bilanz¹⁸⁰ für das betreffende abgelaufene Geschäftsjahr¹⁸¹ und in gutem Glauben darauf, dass der Kapitalanteil im Sinne der ursprünglich geleisteten Einlage samt Zuwachs nicht vermindert sei bzw. durch den Bezug nicht vermindert werde,¹⁸² entgegengenommen hat (Art. 611 II OR).¹⁸³ Grundsätzlich genügt die formelle Richtigkeit der Bilanz, um die materielle braucht sich der Kommanditär in der Regel nicht zu kümmern.¹⁸⁴

Eine Berufung auf den guten Glauben fällt hingegen von vorneherein ausser Betracht, wenn überhaupt keine Bilanz erstellt worden war.¹⁸⁵ Dasselbe gilt gemäss HARTMANN,¹⁸⁶ wenn der Bezug vorzeitig, d.h. während des Geschäftsjahres erfolgte.¹⁸⁷ Einleuchtender erscheint jedoch die Ansicht SIEGWARTS,¹⁸⁸ wonach auch derartige Vorbezüge die Haftung dann nicht aufleben lassen, wenn Zwischenbilanzen aufgestellt worden waren und der Kommanditär seine Bezüge im guten Glauben auf diese getätigt hat.

Generell wird der gute Glaube des Kommanditärs stets aus den konkreten Umständen zu eruieren sein. Beispielsweise ist er zu bejahen, wenn der Kommanditär für die Gesellschaft noch eine Bürgschaft übernommen hatte.¹⁸⁹ Kenntnisse aus seiner etwaigen Tätigkeit für die

¹⁸⁰ Das deutsche Recht verlangt in Abs. 5 von HGB § 172 eine «in gutem Glauben» errichtete Bilanz, d.h. gemäss BOHNENBERG, Anm. VI zu § 172, eine «von den dazu berufenen Gesellschaftern ohne schuldhaften Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 39 und 40 HGB (Inventar und Bilanz; Bewertungsvorschriften) aufgestellt.» Entsprechend ist gemäss HUECK, 145, der Kommanditär bei eigenem guten Glauben u.U. auch befreit «aufgrund einer zwar tatsächlich unrichtigen, aber gutgläubig errichteten Bilanz». SCHLEGELBERGER/ GESSLER, Anm. 23 ff. zu § 172 HGB, bezieht den erwähnten Paragraphen in seinem direkten Sinn nur auf Scheingewinne.

¹⁸¹ Vgl. HARTMANN, N.8 zu Art. 611 OR; BGE 45 II 540 – der Zinsanspruch an sich hat jedoch gestützt auf die Eingangsbilanz berechnet zu werden, vgl. vorst. § 3, III.

¹⁸² Dass aus der Bilanz eine Zinszahlung hervorgehe, die einen Verlust erzeugt oder vergrößert hat, genügt wiederum nicht. Vgl. vorst. Ziff. 4.2.2, bei Fn. 133; entgegen v.a. SIEGWART, N.22, N.23 und N.25 zu Art. 610/12 OR, BISCHOFF, 104.

¹⁸³ Der gute Glaube muss also im Zeitpunkt des Bezugs gegeben sein, so ausdrücklich FICK, N.8 zu Art. 605 aOR.

¹⁸⁴ So SIEGWART, N.25 zu Art. 610/12 OR, STIFFLER, 63, HARTMANN, N.8 zu Art. 611 OR, FUNK, N.2 zu Art. 611 OR, s.a. FICK, N.8 zu Art. 605 aOR; BGE 27 II 577, 45 II 540, 542.

¹⁸⁵ Vgl. SIEGWART, N.26 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.8 zu Art. 611 OR; vgl. BGE 45 II 539 f. – S.a. die Relevanz des guten Glaubens bei der GmbH, Art. 806 II OR.

¹⁸⁶ A.a.O.

¹⁸⁷ Was an sich möglich ist, s. vorst. § 2, V 1.4.

¹⁸⁸ N.25 und N.26 zu Art. 610/12 OR, s.a. ZR 19(1920)291.

¹⁸⁹ So HARTMANN, N.8 zu Art. 611 OR, BGE 27 II 577 und 38, 45 II 539, ZR 19(1920)157. – Zur Beweislast vgl. HARTMANN, N.9 zu Art. 611 OR, sowie nachst. IX 2.4.3.1.2.

Gesellschaft sind ihm anzurechnen.¹⁹⁰ Eine Berufung des Kommanditärs auf Unkenntnis der Gesetzesvorschrift ist unbehelflich.¹⁹¹

Der gute Glaube ist¹⁹² bei jeder Form des Bezugs, d.h. sowohl bei Barauszahlung als auch bei Verbuchung auf ein privates Darlehenskonto des Kommanditärs bei der Gesellschaft geschützt,¹⁹³ nicht hingegen bei blosser Gutschrift auf Kapitalkonto.¹⁹⁴ Was auf Kapitalkonto verbucht wurde, bildet die Einlage (im weiten Sinne) und bleibt den Gläubigern verhaftet, auch wenn diese Einlage überschliessend ist.¹⁹⁵

Im übrigen spielt der gute Glaube des Kommanditärs nach hier vertretener Auffassung eine umfassende, grundsätzliche Rolle nur im Aussenverhältnis, nicht aber im Innenverhältnis.¹⁹⁶ Dort kann er sich – zufolge der unangefochtenen Abstützung der Rückforderungsansprüche der Gesellschaft auf die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung – höchstens bezüglich Umfang der Rückerstattung auswirken (Art. 65 OR). Der Kommanditär ist also insofern im Innenverhältnis schlechter gestellt als im Aussenverhältnis.¹⁹⁷ Dies ist indes vertretbar. Denn zum einen ist die Rückforderungsmöglichkeit der Gesellschaft – im Gegensatz zum Aufleben der Haftung zugunsten der Gläubiger – in der Regel an sich schon begrenzt, d.h. sie muss auf einem Irrtum beruhen (Art. 63 I OR) und innerhalb der Verjährungsfrist geltend gemacht werden.¹⁹⁸ Zum anderen wäre eine Bevorzugung des Kommanditärs gegenüber dem Komplementär, für den die sich aus Art. 611 II OR ergebende Entlastung nicht gelten kann, im Innenverhältnis nicht zu rechtfertigen.

¹⁹⁰ Vgl. FUNK, N.2 zu Art. 611 OR.

¹⁹¹ Error iuris nocet – so auch SIEGWART, N.25 zu Art. 610/12 OR; BGE 27 II 38.

¹⁹² Entgegen dem Wortlaut von Art. 611 I und II OR.

¹⁹³ Vgl. zur vollständigen Bedeutung zum Begriff des Bezugs bereits vorst. § 2, V 1.1.

¹⁹⁴ Nicht ganz klar SIEGWART, N.27 und N.33 zu Art. 610/12 OR; allerdings scheint auch er unter der «Verwirklichung» des Zins- und Gewinnanspruchs sowohl eine Barauszahlung als auch eine Verbuchung auf Darlehenskonto zu verstehen, vgl. N.26 ff. zu Art. 558/60 OR. Von daher gesehen ist in N.27 und N.33 zu Art. 610/12 OR ev. nur die Gutschrift auf Kapitalkonto gemeint und damit vom guten Glauben ausgeschlossen.

¹⁹⁵ Vgl. dazu vorst. § 6, IV.

¹⁹⁶ Zur Kontroverse vgl. vorst. § 2, V 1.3.3.

¹⁹⁷ So ausdrücklich auch BOHNENBERG, Anm. II zu § 169 HGB.

¹⁹⁸ Zumindest, sofern sie dem Bezug zugestimmt hatte. Vgl. dazu sowie zum Ausnahmefall der Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs gestützt auf Gesellschaftsvertrag oder auf eine unerlaubte Handlung bei eigenmächtigem Bezug bzw. Rückbezug des Kommanditärs, vgl. vorst. § 2, V 1.3.3, sowie nachst. IX 1.2.

4.2.3.2 Vollständige Befreiung von der Verlusttragung oder Schaffung eines Reservefonds

Da die Beschränkungen des Bezugsrechtes vom Vorhandensein von Verlusten abhängig sind, kann der Kommanditär einem Aufleben der Haftung ganz grundsätzlich, insbesondere bei festem Zinsanspruch,¹⁹⁹ entgehen, wenn er – was als erlaubt gilt – vollständig von der Verlusttragungspflicht befreit ist.²⁰⁰ Diesfalls vermindert sich seine je immer geleistete Einlage (im weiten Sinne) höchstens durch eigene kapitalmässige Rückbezüge, welche die Haftung als solche ohne weiteres und zwar grundsätzlich in ihrem vollen Umfange aufleben lassen.²⁰¹ Allenfalls wird sie tangiert durch Bezug von fiktiven Gewinnen,²⁰² Gewinnen also, die genau genommen keine sind und daher wie eigentliche Rückbezüge behandelt werden müssen. Die Haftung lebt daher auch in solchen Fällen voll wieder auf.²⁰³ Im übrigen bleibt sich die geleistete Einlage während der Dauer der Gesellschaft gleich. Sie kann höchstens durch Stehenlassen von Zinsen, Gewinnanteilen und Honoraren geäußert werden und damit die allfällige Resthaftung, d.h. die Differenz zwischen der geleisteten Einlage im weiten Sinne²⁰⁴ und der Kommanditsumme, allenfalls noch schmälern bzw. die haftungsbefreiende Einrede umfangmässig vermehren. – Für die Annahme einer wirtschaftlichen Verminderung der Einlage²⁰⁵ und entsprechendem Aufleben der Haftung,²⁰⁶ wenn durch einen schlechten Geschäftsgang die Kapitalanteile der Komplementäre unter Null sinken, d.h. auf der Aktivseite verbucht werden müssen, bleibt kaum Raum, auch wenn der Kommanditär allenfalls weiterhin Zinsbezüge tätigen sollte. Denn die Gläubiger sind und bleiben auf die Haftsumme abzüglich geleistete und nicht dem Kommanditär zurückerstattete Einlage

¹⁹⁹ Welcher häufig vorkommt, vgl. u.a. HARTMANN, N.16 zu Art. 601 OR.

²⁰⁰ Vgl. vorst. § 9, IV 1. Unzutreffend daher BGE 27 II 574, welches ein Aufleben der Haftung grundsätzlich bejahte, trotz vollständiger Befreiung von der Verlusttragungspflicht.

²⁰¹ Soweit die Kommanditeinlage nicht überschliessend war.

²⁰² Nur auf diese scheint sich § 172 V HGB zu beziehen, vgl. SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 23 ff. zu § 172 HGB. – Zinsen können entgegen HARTMANN, N.3 zu Art. 611 OR, da sie echte Gesellschaftsschulden bilden, was auch der betreffende Kommentator anerkennt, niemals fiktiv sein.

²⁰³ So auch HARTMANN, N.6 zu Art. 611 OR. Vgl. wiederum den Vorbehalt der überschliessenden Kommanditeinlage in Fn.201 vorst.

²⁰⁴ Hier gleichbedeutend mit Kapitalanteil, vgl. vorst. § 1, III 3.

²⁰⁵ Vgl. HIRSCH, 170.

²⁰⁶ Welche Konsequenz eigentlich auf der Hand läge, von HIRSCH selber aber nicht gezogen wird.

beschränkt.²⁰⁷ Sie können sich an das Privatvermögen der unbeschränkt haftenden Komplementäre halten, allenfalls gestützt auf einen Konkursverlustschein der Gesellschaft auch zu einem späteren Zeitpunkt,²⁰⁸ wenn diese wieder zu Vermögen gekommen sind.²⁰⁹ Die Gesellschaft ihrerseits, als Schuldnerin der Leistung, muss sich das erforderliche Geld allenfalls durch **Inanspruchnahme von Krediten beschaffen.**²¹⁰

Darüber hinaus kann dem Risiko eines Ausbleibens der Haftung dadurch vorgebeugt werden, dass in guten Jahren aus Geschäftsgewinnen ein spezieller Reservefonds geäufnet wird mit der klaren Zweckbestimmung, dem Kommanditär Zinsen auch in Verlustjahren auszus zahlen.²¹¹ Es ist dies ein gangbarer Weg, die Gefahr des Substanzverlustes beim Geschäftsvermögen im Hinblick auf die Gesellschaftsgläubiger zu reduzieren. Problematisch ist daher m. E. die Ansicht SIEGWARTs, die Haftung lebe nicht auf, auch wenn nachträgliche Bezüge von Zinsen trotz Verminderung des Kapitalanteils durch Verluste das Ausmass dieses Fonds überschreiten sollten.²¹²

5. Exkurs: Haftungsbefreiung bei Übertragung der Mitgliedschaft unter Lebenden insbesondere

Die folgenden Ausführungen vermögen die schwierige und von namhaften Autoren auch bereits mehrfach eingehend dargelegte Problematik der Übertragung der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft²¹³ nur summarisch zu streifen. Gerade wegen ihrer einschneidenden Auswirkungen auf die Haftung des alten und neuen Kommanditärs, insbesondere auch bezüglich Haftungsbefreiung, erscheint eine kurze Darstellung aber doch angezeigt.

²⁰⁷ Wie immer unter Vorbehalt der Gläubigerbenachteiligung – Gleich grundsätzlich im Zusammenhang mit der nahelegenden Problematik der «unterkapitalisierten KG» sowie des Haftungsdurchgriffs ELSING, 103 ff., 133 ff.

²⁰⁸ Allerdings innerhalb der Verjährungsfrist, vgl. vorst. VII, Fn. 151.

²⁰⁹ S. a. ELSING, 130; vgl. auch nachst. § 12, bei Fn. 125.

²¹⁰ Vgl. hiezu auch SCHILLING, Anm. 4 zu § 169 HGB.

²¹¹ Dies trifft selbstverständlich nicht zu bei einem Fonds anderen Charakters, z. B. bei einem Abschreibungsfonds. Vgl. HARTMANN, N. 16 zu Art. 601, N. 5 zu Art. 611 OR, SIMON, 55, BGE 27 II 38, s. a. Beispiel für einen solchen Fonds als «Kommanditzinsreserve» vgl. in ZR 25(1926)172 und 173 (im übrigen steuerrechtlicher Entscheid).

²¹² Vgl. SIEGWART, N. 5 zu Art. 601, s. a. N. 23 zu Art. 610/12 OR.

²¹³ Vgl. HAUSHEER, 125 ff., ders., Gesellschaftsvertrag, 138 ff., ZOBL, 128 ff., von GRAFFENRIED, 22/27, U. HUBER, 349 ff., WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, 43 ff., ders. S. 54 f. zur Behauptung, Persönlichkeitsrechte seien nicht übertragbar.

5.1 Übergang der Mitgliedschaft unter Lebenden/Problematik

Gesetzlich ist eine Übertragung der Mitgliedschaft bei Personengesellschaften – mit Ausnahme der Andeutung in Art. 545 Ziff. 2 OR (Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben) nicht vorgesehen.

An sich widerspricht auch die Idee jeglichen Wechsels von Gesellschaftern der Grundvorstellung einer Personengesellschaft als eines festgefügtten, konkret zusammengesetzten Personenverbandes, d.h. dem Grundsatz der *personellen Geschlossenheit der Gesellschaft*,²¹⁴ der die kleinste Erschütterung (Tod, Handlungsunfähigkeit, Kündigung etc.) in der Person eines Gesellschafters zur Auflösung genügt.

Allerdings ist das vorstehende Prinzip im Gesetz selbst bereits durchbrochen, indem das Ausscheiden in einem weiten Sinne,²¹⁵ insbesondere also auch der Austritt alter (Art. 576 OR),²¹⁶ aber auch der Eintritt neuer Gesellschafter (Art. 542 I OR) unter Wahrung der rechtlichen Identität der Gesellschaft²¹⁷ erlaubt ist. Folge davon ist die Anwachsung der Vermögenswerte bei der KG bzw. beim eintretenden Gesellschafter einerseits, die Abwachsung beim ausscheidenden Gesellschafter bzw. bei der ursprünglichen Gesellschaft, der ein neuer Gesellschafter beitrifft, anderseits. Immer aber ist bei diesem separaten Aus- bzw. Eintritt die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter erforderlich (Art. 542 I OR). Dies wiederum als deutlicher Ausfluss der personellen Gebundenheit,²¹⁸ des gegenseitigen Vertrauensverhältnisses der Mitglieder einer Personengesellschaft, mit der natürlichen Folge auch, dass sich die Gesellschafter statt der vertrauten ursprünglichen Mitgesellschafter nicht irgendeinen Dritten gegen ihren Willen aufdrängen lassen müssen.

Die Möglichkeiten des Ein- und Austritts bei Personengesellschaften stehen übrigens im direkten Gegensatz zu den Gegebenheiten bei der AG, wo zufolge des festen, gebundenen Grundkapitals jede Mitgliedschaftsstelle zu jeder Zeit besetzt sein muss, ein Ein- oder Austritt im

²¹⁴ So z.B. VON STEIGER, 407, BOLLMANN 21 ff., sehr streng SPÖRRI, 141 f., VON GRAFFENRIED, 22, WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, 58.

²¹⁵ Vgl. zur Definition vorst. § 7, I.

²¹⁶ Als einzige legitime Möglichkeit, den Anteil an einer Personengesellschaft in Geld umzusetzen; vgl. U.HUBER, 347; zum entstehenden Abfindungsanspruch vgl. vorst. § 7, IV.

²¹⁷ Vgl. diesbezüglich die Formulierung des Textes in Art. 576 OR, s.a. BOLLMANN, 69, einschränkend ZOBL, 83; a.A. offenbar SPÖRRI, 145 f., (keine Identität, teilweise Neuerrichtung der Gesellschaft).

²¹⁸ Vgl. R.REINHARDT, 346, VON STEIGER, 408.

technischen Sinne also nicht in Frage kommt²¹⁹ – und dabei umgekehrt notwendigerweise die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft grundsätzlich freigegeben werden muss.²²⁰ Die Vinkulierungsmöglichkeiten im Sinn von Art. 686 OR als Beschränkung dieses Grundsatzes, welche durch die Hintertüre ein personalistisches Prinzip wieder einführen, indem sie die Mitgliedschaft, wie schon der Name sagt, zu fesseln suchen, sind daher im Rechte der AG grundsätzlich als systemwidrig zu bezeichnen und werden als solche zum Teil auch harter Kritik unterzogen.²²¹ Im Rechte der Personengesellschaften hingegen bilden sie Ausfluss des Grundprinzips und bedürfen daher keiner besonderen Rechtfertigung.²²²

Falls nun die Mitgliederbewegungen von Personengesellschaften, d.h. ein Ein- und ein Austritt zeitlich zusammenfallen, kann optisch sehr wohl der Eindruck eines eigentlichen Gesellschafterwechsels, d.h. einer echten Nachfolge eines Gesellschafters an die Stelle des Ausgeschiedenen entstehen. Im Sinne einer solchen Doppelbewegung ist ein Gesellschafterwechsel seit jeher anerkannt. Er wird begründet mittels der sogenannten Doppelvertragstheorie.²²³

²¹⁹ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12, N.103. Möglich ist allenfalls ein Ausschluss bei Nichterfüllung der Einlagepflicht, vgl. OR Art. 681 f. Für die Einführung eines gesetzlich geregelten – zwingenden – Austritts- sowie Ausschlussrechtes aus wichtigem Grund bei der personalistischen AG DORSCHIED, 131, 133, 185 ff., insbes. These Nr.21, 26 und 31, vgl. auch seine Kritik gegenüber den «traditionellen Hemmnissen der Übertragbarkeit personengesellschaftlicher Lösungen» auf die AG, S.75 ff., 107 ff., 119, s.a. P.FORSTMOSER, Die Behandlung der personenbezogenen AG im Entwurf für eine Revision des Aktienrechts, in SAG 56 (1984) 54 f., P.FORSTMOSER/A.HIRSCH, Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts: einige konkrete Vorschläge, in SAG 57(1985)33.

²²⁰ Vgl. z.B. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12, N.104, s.a. FORSTMOSER MEIER-HAYOZ, § 39, N.10, VON GRAFFENRIED, 32 f., VON GREYERZ, SPR, 16.

²²¹ Vgl. z.B. VON GREYERZ, SPR, 126 f. – Zur Sinnvolligkeit von Vinkulierungsbestimmungen zwecks Erhaltung der Familienstruktur in einem Familienunternehmen, FORSTMOSER, Generationenwechsel, 120. Bejahung der Vinkulierungsmöglichkeiten bei DORSCHIED, 190 (These 39), aber nicht als Ersatz des geförderten Austritts- und Ausschlussrechtes. Vgl. auch die interessante Kombination der Möglichkeiten bei der Kommandit-AG, insbes. Art. 770 und Art. 771 OR, s. dazu Ch.REINHARDT, 92 und 106.

²²² Vgl. auch WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, 63 f.

²²³ D.h. Vertrag der Gesellschafter einerseits mit dem Ausscheidenden, sowie zweiter Vertrag mit dem neu Eintretenden, sogenannter Aufnahmevertrag, so statt vieler H.HUBER, Handänderungsgebühren, 244, s.a. ZOBL, 130 ff., R.REINHARDT, 337 ff. Vgl. zur Doppelvertragstheorie in der deutschen Lehre z.B. U.HUBER, 354; gem. WIELAND, 659 ff., besteht ein Doppelvertrag insofern, als einerseits die Verfügung des Abtretenden und anderseits der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zwischen dem Erwerber des Anteils und den verbleibenden Gesellschaftern erforderlich ist; dies ist bereits eine Weiterentwicklung der Doppelvertragstheorie, indem zwischen dem Ausscheidenden und dem Erwerber ein direktes Band gespannt wird.

Die Folgen beurteilen sich entsprechend separat nach den Folgen des Ausscheidens bzw. nach den Folgen für den Eintritt des betreffenden Gesellschafters. Die juristische Konstruktion ist schwerfällig; die Folgen sind, falls konsequent durchgedacht, zum Teil stossend.²²⁴ Namentlich in Bezug auf die Haftung des Kommanditärs entsprechen sie der Interessenlage keineswegs. Eine besondere Schwierigkeit bedeutet es z. B., aufgrund der Doppelvertragstheorie eine Erklärung für den Übergang der Einlage vom alten auf den neuen Gesellschafter zu finden.²²⁵ Die Möglichkeit eines *direkten* Überganges der Mitgliedschaft bei Personengesellschaften allgemein wird nur zögernd bzw. unvollständig eingeräumt,²²⁶ obwohl die blossе Übertragung der Mitgliedschaft die Kontinuität der Gesellschaft weit weniger berührt als die typischen Fälle von Ein- und Austritten.²²⁷

Dass eine eigentliche Übertragung der Mitgliedschaft auch in Personengesellschaften möglich sein muss und tatsächlich in der Praxis stetig vorkommt, darf als unbestritten gelten.²²⁸ Schwierig ist die juristische Interpretation des Vorganges. Die Konstruktion ist aber wegen der Folgen sehr wichtig. Haupthindernis ist wohl, obwohl nicht immer völlig bewusst, die Unzulänglichkeit der zwar immer wieder erwähnten Zession im Sinne von Art. 164 ff. OR zur Abtretung der Mitgliedschaft als Ganzes, d. h. zur Abtretung eines vollumfassenden «Rechtsverhältnisses»²²⁹ mit Rechten *und* Pflichten vermögensrechtlicher sowie nicht vermögensrechtlicher Natur. Wo heute die direkte Übertragung der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft unter zwei Voraussetzungen, nämlich der Zession (Abtretungsvertrag zwischen ausscheidendem Gesellschafter und Übernehmendem einerseits) sowie der Zustimmung aller übrigen Gesellschafter andererseits anerkannt wird (d. h. ohne eigentlichen Aufnah-

²²⁴ S. a. R. REINHARDT, 343 f., mit Beispielen. So schon DONNER, 288 ff., der deutlich zwischen Neueintritt (Schaffung eines neuen Kommanditanteils) und Wechsel (Abtretung eines bestehenden Kommanditanteils) unterscheidet.

²²⁵ Vgl. zu diesen Fragen insbes. U. HUBER, 398 ff., s. a. SIEGWART, N. 6 zu Art. 542 OR, äusserst problematisch in N. 8 zu Art. 598 OR, dazu nachst. Ziff. 5.3, bei Fn. 255.

²²⁶ Vgl. z. B. HARTMANN, N. 11 zu Art. 602 OR für den Kommanditär, BOLLMANN, 11/13, SPÖRRI, 142; strikte dagegen GUHL, Gesamthandschaften, 59. Gem. SCHMIDT, 108, stellt man auch in Deutschland nach wie vor die Koppelung von Ein- und Austritt neben der Anteilsübertragung zur Wahl.

²²⁷ So z. B. SIEGWART, N. 6 zu Art. 542 OR.

²²⁸ Gemäss HAUSHEER, ZBJV 105(1969)138, eignet sich die Übertragbarkeit einer Mitgliedschaft in hervorragender Weise – anstelle einer Kündigung – zum Ausgleich gegenläufiger Interessen i. B. auf ein rechtliches Dauerverhältnis.

²²⁹ So schon WIELAND, 659, 612, vgl. insbes. U. HUBER, 352; a. A. hingegen ZOBL, 138 f., vgl. Fn. 231 nachst.

mevertrag mit dem neu Eintretenden).²³⁰ wird diese Problematik vielfach doch etwas leichthin überspielt.²³¹

Mit D.ZOBL und U.HUBER ist indes das Resultat gutzuheissen, nämlich die Abtretbarkeit im Sinne eines direkten Übergangs der Mitgliedschaft, d.h. im Sinne einer echten Zession des Gesellschaftsanteils an einer Personenhandelsgesellschaft.²³² Die entsprechende Theorie wird «Theorie des einfachen Verfügungsgeschäfts» genannt.²³³ Ob die Begründung eher in einer Analogie zur Übertragbarkeit der GmbH-Anteile²³⁴ oder in einer analogen Anwendung des Zessionsrechts liege,²³⁵ mag hier offen bleiben.

Zu bekämpfen ist jedoch die Illusion einer völlig freien Übertragbarkeit der Mitgliedschaftsanteile bei einer Personengesellschaft²³⁶ im Sinne einer nicht an die Zustimmung der übrigen Gesellschafter gebundenen Übertragbarkeit der Mitgliedschaft.²³⁷ Gewiss ist es möglich, im Gesellschaftsvertrag die Übertragung zu erleichtern, z.B. einem blossen Mehrheitsbeschluss zu unterstellen, oder die Kompetenz zur Zustimmung der Gesellschaftsführung zu übertragen, generell oder unter bestimmten Bedingungen.²³⁸ Aber auch wenn im Gesellschaftsvertrag eine Übertragung frei von Bedingungen, eben generell ermöglicht wird, ist dies noch keineswegs eine freie Übertragbarkeit im obgenannten Sinne, mussten doch alle Gesellschafter dem Gesellschaftsvertrag an sich einmal zustimmen. Sie haben diesfalls nicht die grundsätzlich freie Übertragbarkeit

²³⁰ Vgl. z.B. VON STEIGER, 408, 551, 646, offenbar auch VON GRAFFENRIED, 24, 27, RICHARD, 107, s. jedoch N.202; gemäss U.HUBER, 358 mit Zitaten in Anm. 36, die herrschende deutsche Lehre (wenn auch etwas widerspruchsvoll), vgl. z.B. schon DONNER, 291 f.; vgl. zur deutschen Judikatur U.HUBER, a.a.O., Anm. 34 und Anm. 35; zusammenfassende Darstellung bei R.REINHARDT, 340 ff., ausführlich auch WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, 61 ff., 68.

²³¹ Gründliche Prüfung und Bejahung der Anwendbarkeit des Zessionsrechts hingegen bei ZOBL, 138 f., 144 ff., 157 ff.

²³² So offenbar auch R.REINHARDT, 340 ff., 345, 347, 355.

²³³ Vgl. ausführlich U.HUBER, 358 ff., ZOBL, 133 ff., als herrschende deutsche Lehre bezeichnet bei ECKERT, 565 f.

²³⁴ So U.HUBER, 369 ff., Zusammenfassung, 490.

²³⁵ So ZOBL, 157 ff., 160.

²³⁶ Für die KG treffend HARTMANN, N.14 zu Art. 602, N.18 und N.19 zu Art. 594 OR: Die Kommanditanteile dürfen nicht die Bedeutung eigentlicher Aktien erhalten, die freie Übertragbarkeit solcher Anteile nach Art der Aktien ist nicht möglich; vgl. auch die deutliche Unterscheidung zwischen Aktien und Kommanditantenteilen bei der Kommandit-AG, Art. 764 OR, insbes. Abs. 3. (Vorsicht allerdings beim Ausdruck «Kommanditkapital»). Im gleichen Sinne RICHARD, 107.

²³⁷ So z.B. VON STEIGER, 409.

²³⁸ Zu den verschiedenen Möglichkeiten vertraglicher Regelung vgl. u.a. HARTMANN, N.31 zu Art. 562 OR; die Erschwerung der Zustimmung besteht selbstverständlich im Recht der Personengesellschaften ohne nähere Begründung, vgl. dazu vorst. im Text.

vorgesehen, sondern ihre Zustimmung im voraus schon gegeben.²³⁹ Die Frage, ob die blossе Zustimmung der Gesellschafter auch nachträglich im Sinne einer Genehmigung ausreichend sein könne, ist wohl zu bejahen.²⁴⁰

5.2 Sogenannte «Übertragung der Kommandite»

Unter der «Übertragung der Kommandite» wird allgemein die Übertragung der Mitgliedschaft im Sinne des gesamten Mitgliedschaftsanteils eines Kommanditärs an einen Dritten verstanden.²⁴¹

Die Zulässigkeit dieses Vorganges war schon früh anerkannt.²⁴² Allerdings wurde die rechtliche Begründung noch überwiegend in der Kombination von Ein- und Austritt gesehen.²⁴³

Die Übertragung der Mitgliedschaft eines Kommanditärs ist zufolge der im Normalfall geringeren finanziellen und persönlichen Verbundenheit dieses Gesellschafters mit der Gesellschaft häufiger als bei anderen Gesellschafterkategorien. Sie hat daher etlichen Anstoss zur Begründung der Übertragbarkeit der Mitgliedschaft eines Personengesellschafters an sich gegeben.²⁴⁴ Es erstaunt daher auch nicht, dass die bei U.HUBER erwähnten,²⁴⁵ grundlegenden Gerichtsurteile Deutschlands regelmässig Übertragungen von Kommanditistenstellungen beinhalten. Da der Kommanditär zwar nicht nur, aber häufig ausgeprägte vermögensrechtliche Interessen hat, sprechen für eine Bejahung und vereinfachte Konstruktion der Übertragbarkeit an sich ähnliche Überlegungen wie bei der Übertragbarkeit der Aktie.²⁴⁶ Jedoch bedarf auch der Kommanditär zur Übertragung seiner Mitgliedschaftsstellung der Zustimmung aller Gesellschafter, wobei

²³⁹ Im gleichen Sinne HUECK, 64: nur scheinbar freie Übertragbarkeit.

²⁴⁰ Vgl. HARTMANN, N.32 zu Art. 562 OR: kein einheitlicher Akt erforderlich.

²⁴¹ «Kommandite» genommen also im Sinne des Internums. Dieser Ausdruck ist aber neben seiner Missverständlichkeit auch zu eng: es geht auch beim Kommanditär um die Übertragung seiner ganzen Mitgliedschaftsstellung, welche wie mehrmals erwähnt, auch eine persönliche Seite umfasst, also nicht nur um die Übertragung seines vermögensrechtlichen Anteils (insbes. nicht nur seines Kapitalanteils, welcher ja als solcher unübertragbar ist, vgl. dazu vorst. § 1, III 3), vgl. dazu auch LEHMANN/DIETZ, 210.

²⁴² Vgl. SIEGWART, N.8 zu Art. 598 OR, HARTMANN, N.10 zu Art. 602 OR, SPÖRRI, 151, mit der übertrieben anmutenden Begründung, die Teilhaberschaft des Kommanditärs sei nicht an eine bestimmte Person gebunden, vgl. aber demgegenüber S.152: Die Teilhaberschaft sei wohl vererblich, aber nicht veräusserlich. — Dagegen SIMON, 49.

²⁴³ Vgl. statt vieler BISCHOFF, 52.

²⁴⁴ S.a. R.REINHARDT, 344 f.

²⁴⁵ S.358, Anm. 34 und Anm. 35, vgl. bereits Fn.230 vorst.

²⁴⁶ Vgl. z.B. U.HUBER, 374 ff., s.a. VON GRAFFENRIED, 26.

erleichternde, aber auch erschwerende, einer Vinkulierung gleichkommende Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag ohne weiteres möglich sind.²⁴⁷

Der neue Kommanditär tritt, entsprechend der vorstehend anerkannten Theorie des Verfügungsgeschäftes,²⁴⁸ voll in die Rechtsstellung seines Vorgängers ein,²⁴⁹ und zwar so, wie sie im Zeitpunkt der Übertragung bestand.

Internrechtlich und insbesondere vermögensrechtlich bedeutet dies, dass der neue Kommanditär in die Rechtsstellung des alten eintritt, so wie sie nach Vertrag oder Gesetz im Zeitpunkt des Eintritts bestand. Es gelten also Einlagepflicht, Anspruch auf Gewinn, auf Zinsen und späteren Liquidationsanteil als auf den Neueingetretenen übergegangen. Auch die Vermögenswerte der Gesellschaft, z.B. Grundeigentum, wachsen ihm an, ohne dass es besonderer Übertragungshandlungen bedürfte. Er wird ipso iure zum Gesamteigentümer.²⁵⁰ Im gleichen Umfang tritt er auch in die persönliche Stellung seines Vorgängers ein.

Gleiches gilt selbstverständlich für allfällige Verpflichtungen, so z.B. bezüglich Leistung der rückständigen Einlage gegenüber der Gesellschaft. Insofern besteht Einigkeit in Lehre und Judikatur. Uneinheitlich bzw. m.E. nicht vertretbar werden die Auswirkungen der Übertragung der Mitgliedschaft im Aussenverhältnis beurteilt.

5.3 Folgen der Übertragung der Mitgliedschaft im Aussenverhältnis

Entsprechend der in dieser Arbeit übernommenen Verfügungstheorie, d.h. der Theorie des einfachen Verfügungsvertrages,²⁵¹ muss die Übertragung der Rechtstellung des alten auf den neuen Kommanditär ihre uneingeschränkte Wirkung auch im Aussenverhältnis, d.h. insbesondere betreffend Ausmass der Haftung und damit vor allem hinsichtlich der Haftungsbefreiung haben.

Dies bedeutet etwas ausführlicher dargelegt folgendes: Es haftet zwar sowohl der alte wie der neue Kommanditär den Gläubigern gegenüber in der Höhe der im Handelsregister eingetragenen Kommanditsumme, aber

²⁴⁷ So VON STEIGER, 646; s. vorst. Ziff. 5.1.

²⁴⁸ Vgl. Ziff. 5.1.

²⁴⁹ Vgl. VON STEIGER, 646, U. HUBER, 399.

²⁵⁰ Vgl. HARTMANN, N.14 zu Art. 602 OR.

²⁵¹ Vgl. vorst. Ziff. 5.1.

es wird die geleistete Einlage des einen auch dem anderen zugerechnet.²⁵² Was allenfalls intern unter den beiden Kommanditären vereinbart wurde, wird davon nicht berührt, geht jedenfalls die Gesellschaftsgläubiger nichts an.²⁵³ In dieser Richtung bewegen sich auch die Ausführungen von VON STEIGER.²⁵⁴ Jedoch stützt er sich dabei m.E. zu Unrecht auf die beiden Kommentatoren SIEGWART und HARTMANN. Gemäss SIEGWART²⁵⁵ muss auch bei Übertragung der ganzen internen Rechtstellung, also bei der Übertragung (Umbuchung) des Kapitalanteils, die allfällige Befreiung von der Haftung für jeden einzelnen der Kommanditäre untersucht werden. Bei HARTMANN²⁵⁶ ist zwar eine gewisse weitergehende Übertragung auch extern in dem Sinne möglich, dass sich der neue Kommanditär «die vom Abtretenden gemachten Einlagen» an seine Haftung «anrechnen» lassen kann. Es bedeutet dies aber gemäss HARTMANN – allerdings nur indirekt zum Ausdruck kommend –, dass dafür der alte Kommanditär wieder voll haften solle, denn «die Wirkung eines solchen Vorganges ist die gleiche, wie wenn dem Ausscheidenden das Abfindungsguthaben ausbezahlt worden... wäre».²⁵⁷ Im Umfange des Abfindungsguthabens aber, dies ist für einen separat ausscheidenden Kommanditär allgemein, auch von HARTMANN, anerkannt, lebt die Haftung im entsprechenden Umfange wieder auf.²⁵⁸

Beide Kommentatoren stehen somit auf dem Boden der hier abgelehnten Doppelvertragstheorie mit sämtlichen unbefriedigenden Folgen.²⁵⁹ So ist beispielsweise nicht einzusehen, weshalb die Gläubiger bei einem Kommanditärwechsel in den Genuss einer weiteren vollen Kommanditsumme kommen sollten.²⁶⁰ Dies ist weder notwendig noch sinnvoll oder

²⁵² Vgl. U.HUBER, 400, s.a. BAUMBACH/DUDEN, Anm. 3 zu § 173 HGB, SCHMIDT, 111, so schon DONNER, 291: doppelte Haftung, aber einmalige Einlage; gemeint ist in § 171 HGB die Beteiligung, nicht die Person des Kommanditisten.

²⁵³ Vgl. z.B. auch LEHMANN/DIETZ, 210.

²⁵⁴ S.648/49. – Unpräzis, einerseits Übertragung der Anteile einer KG durch Zession, andererseits Gleichstellung der Wirkung einer solchen Übertragung mit den Folgen eines Austritts mit nachfolgendem Eintritt, RICHARD, 107 f., ähnlich VON GRAFFENRIED, 26 f., inkl. N.29.

²⁵⁵ N.8 zu Art. 598 OR.

²⁵⁶ N.12 zu Art. 602 OR.

²⁵⁷ Gegen diese verfehlte Fiktion vgl. DONNER, 292 f.

²⁵⁸ Vgl. vorst. VIII 4. So ausdrücklich BISCHOFF, 52, s.a. HARTMANN, N.8 und N.16 zu Art. 610, N.12 zu Art. 602 OR, SIEGWART, N.34 zu Art. 610/12, N.17 ff. zu Art. 619 OR.

²⁵⁹ Vgl. auch die detaillierten Ausführungen bei U.HUBER, 398 f., 401 f., WEIPERT, 271 f., s.a. HUECK, 147.

²⁶⁰ Vgl. das Zahlenbeispiel bei SIEGWART, N.8 zu Art. 598 OR; wie hier R.REINHARDT, 345.

gar gerecht.²⁶¹ Entgegen HARTMANN²⁶² ist weder Voraussetzung noch notwendige Folge der Übertragbarkeit der Mitgliedschaft des Kommanditärs, dass die Gläubiger durch den Wechsel gewinnen.²⁶³

Die Haftungsbefreiung durch einmal geleistete Einlagen soll vielmehr beiden Kommanditären, dem alten und dem neuen, zugute kommen.²⁶⁴ Dies als Ausfluss der Theorie des einfachen Verfügungsgeschäftes, wonach der neue Kommanditär den «Kommanditanteil» des bisherigen – darin inbegriffen die geleistete Einlage – als dessen *Rechtsnachfolger* erwirbt.²⁶⁵ Gewisse deutsche Autoren²⁶⁶ betonen daher die Notwendigkeit, die Tatsache der *Rechtsnachfolge* im Handelsregister ersichtlich zu machen, damit nicht der falsche Eindruck entstehe, dass die beiden Kommanditisten mit ihren Kommanditsummen nebeneinander und kumulativ haften.²⁶⁷ – Die vertretene Lösung scheint auch insofern richtig, als die Haftungsbefreiung eines jeden Kommanditärs auf der Zurverfügungstellung von Mitteln, im Sinne von haftendem Kapital, zuhanden der Gesellschaft beruht.²⁶⁸ Diese Zurverfügungstellung ist unverändert. *Darin* liegt die hauptsächliche materielle Sicherheit für die Gesellschaftsgläubiger. Darauf bleibt aber ihr Schutz – abgesehen von der allfälligen Rest-Haftung des Ausgeschiedenen²⁶⁹ – auch beschränkt. Was der neue dem alten Kommanditär an Entschädigung zuwendet, betrifft sie hingegen nicht.

Hatte die Einlage unter dem alten Kommanditär Verluste erlitten, so gilt sie trotzdem auch für den neuen Kommanditär als in dem Umfange

²⁶¹ Treffend schon DONNER, 291, 292.

²⁶² N. 11 zu Art. 602 OR.

²⁶³ Wie hier U. HUBER, 374 f., s.a. WIEDEMANN, 151, WEIPERT, 274, 1. Sp.

²⁶⁴ So U. HUBER, 399, s.a. BOHNENBERG, Anm. IIIb zu § 173 HGB, KLAUSS, MITTELBACH, 253, Anm. 445, vgl. jedoch 254, Anm. 449; unklar VON GRAFFENRIED, 27, N. 29, unvollständig RICHARD, 108; ausdrücklich a.A. BISCHOFF, 52 f.

²⁶⁵ Vgl. ausführlich U. HUBER, 399 ff., s.a. BOHNENBERG, Anm. IIIa zu § 173 HGB; gemäss HUECK, 147, sind diese haftungsrechtlichen Folgen heute für das deutsche Recht allgemein anerkannt.

²⁶⁶ So schon WEIPERT, 273, 1. Sp., 274, 1. Sp., 275 f.; Nachfolgevermerk als Träger des Rechtsscheins, v.a. U. HUBER, 401; gem. SCHMIDT, 110, wird die Bedeutung des Nachfolgevermerks überschätzt, vgl. jedoch dens., Gesellschaftsrecht, 1184, grundsätzlich gl.A., jedoch differenzierend ECKERT, 566 ff., unter Bezugnahme auf BGHZ 81, 82 ff., der die Haftungsfolgen bei fehlendem Nachfolgevermerk zu prüfen hatte.

²⁶⁷ Ein solcher Vermerk wäre gestützt auf entsprechende Angaben der anmeldenden Gesellschafter gem. Auskunft des Zürcherischen Handelsregisterführers auch gem. schweizerischem Recht denkbar. A.A. noch SIMON, 49.

²⁶⁸ Vgl. vorst. VIII 2 und 4.

²⁶⁹ Dazu nachst. im Text.

geleistet, wie sie vor Beginn der Verluste bestand.²⁷⁰ Wird die Gesellschaft aufgelöst, ohne dass Verminderungen des Kapitalanteils aus stehengelassenen Zinsen oder späteren Gewinnanteilen hätten durch den neuen Kommanditär ergänzt werden können,²⁷¹ muss der fehlende Betrag der Einlage von keinem der beiden Kommanditäre ersetzt werden.²⁷²

War hingegen die Einlage bei Übertragung der Mitgliedschaft noch nicht geleistet, haften die beiden Kommanditäre solidarisch. Auch der Zedierende bleibt also insofern für Gesellschaftsschulden – innerhalb der Verjährungsfrist – haftbar.²⁷³

Die Anrechnung der *Einlageleistung* funktioniert in beiden Richtungen. Wenn folglich der neue Kommanditär eine rückständige Einlage bezahlt, wird auch der alte Kommanditär insoweit von der Haftung befreit.

Anderes gilt betreffend *Rückerstattungen*. Selbstverständlich hat der neue Kommanditär als Rechtsnachfolger *frühere* Handlungen des alten Kommanditärs, also insbesondere frühere Rückerstattungen, inklusive Bezüge von Zinsen und Gewinn trotz Verminderung des Kapitalanteils durch Verluste,²⁷⁴ gegen sich gelten zu lassen. Haftungsbefreiend wirkt die Einlage auf ihn diesbezüglich²⁷⁵ in dem Umfang, wie er sie vorfindet.²⁷⁶ Umgekehrt hingegen kann aber der neue Kommanditär nicht durch *spätere* Rückbezüge – inklusive die oberwähnten Zinsen- und Gewinnbezüge – die Haftung des alten wieder neu aufleben lassen. Dies aber wurde eine gewisse Zeit hindurch von namhaften deutschen Autoren und auch in der

²⁷⁰ Vgl. vorst. VIII 4.2.2, s. insbes. die Rechnungsbeispiele daselbst. Vgl. im übrigen U. HUBER, 400: «Die Kommanditbeteiligung geht auf den Rechtsnachfolger mit genau demselben Inhalt, mit den gleichen Vorteilen und den gleichen Lasten hinsichtlich der Haftung über, den sie in der Hand des Rechtsvorgängers besaß...». Gl. A. LEHMANN/DIETZ, 210. Unproblematisch gem. ECKERT, 566, falls der Altkommanditist die Einlage bereits erbracht und erhalten hatte, a. A. jedoch, falls dies nicht zutrifft und kein Nachfolgevermerk im Handelsregister eingetragen war, ders. S. 570 f. – Kaum zutreffend KORMANN, 899, 1. Sp., wonach der Rechtsnachfolger eines Kommanditisten mit negativem Kapitalanteil mit einem Kapitalstand von Null beginnen könne. Vgl. aber dens. a. a. O., 2. Sp., wonach dem Nachfolger «in Höhe des negativen Kapitalkontos zukünftige Gewinne zugerechnet werden, ohne dass er Gewinnauszahlungsansprüche erlangt.» Zum letzteren auch direkt nachst. im Text.

²⁷¹ Wozu er verpflichtet ist, wie hier ausdrücklich KORMANN, 899, 2. Sp.

²⁷² Entgegen SIEGWART, N. 8 zu Art. 598 OR und HARTMANN, N. 12 zu Art. 602 OR, entgegen auch RICHARD, 108, und BISCHOFF, 53.

²⁷³ Vgl. U. HUBER, 400, inkl. Anm. 11, s. a. vorst. VII 2.2, 2.1.2.

²⁷⁴ Vgl. dazu ausführlich vorst. § 2, V 1.3.

²⁷⁵ Von der Verminderung durch Verluste war vorst. im Text die Rede.

²⁷⁶ Die Umbuchung des Kapitalanteils für sich bedeutet keine Rückerstattung, vgl. WIEDEMANN, 151; vgl. aber auch ECKERT, 569.

deutschen Judikatur vertreten.²⁷⁷ Die Ansicht leuchtet nicht ein. Mit U.HUBER sowie den von ihm zitierten Autoren²⁷⁸ ist ein solches unkalkulierbares Haftungsrisiko für den alten Kommanditär scharf abzulehnen.²⁷⁹ Er könnte dadurch unter anderem zu einer doppelten Einlageleistung gezwungen werden, was jedenfalls zu vermeiden ist. Zu Recht halten LEHMANN/DIETZ²⁸⁰ denn auch fest, dass der alte Kommanditär zur Zeit seines Ausscheidens gar keine entsprechende Einlageverpflichtung mehr hatte,²⁸¹ die wieder *aufleben* könnte. Die Ansicht verbietet sich auch aufgrund von Art. 146 OR, wonach kein Solidarschuldner die Lage des anderen durch seine persönliche Handlung erschweren darf. Zum gleichen Resultat führt schliesslich noch ein Vergleich mit der AG: «Bei verbotenen Leistungen der AG an einen Aktionär werden auch nicht alle früheren Inhaber der Aktie, soweit man ihrer habhaft werden kann, zur Rückzahlung herangezogen.»²⁸² Ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers, das eine andere Lösung verlangen würde, ist nicht ersichtlich. Die durch Einlageleistung erreichte Haftungsbefreiung des bisherigen Kommanditars bleibt diesem folglich zusammengefasst in jedem Falle voll erhalten.²⁸³

²⁷⁷ Zitate bei U.HUBER, 400, Anm. 12, wie U.HUBER BAUMBACH DUDEN, Anm. 3 zu § 172 HGB; abweichend z.B. WIEDEMANN, 152, differenzierend SCHMIDT, 112.

²⁷⁸ Vgl. vorst. Fn.276.

²⁷⁹ Gegen eine «Gewährschaft» des Altkommanditisten für die Zahlungsfähigkeit seines Nachfolgers vgl. SCHMIDT, 112.

²⁸⁰ S.211.

²⁸¹ Deshalb kann auch umgekehrt eine Zahlung an ihn keine «Rückzahlung auf die Einlageverpflichtung» mehr bedeuten, so LEHMANN/DIETZ, a.a.O.

²⁸² Vgl. U.HUBER, 400.

²⁸³ Zur Problematik der Haftung im Zeitraum zwischen der Anteilsübertragung und deren ordnungsgemässer Eintragung in das Handelsregister vgl. ECKERT, 572 f., KLAUSS/MITTELBACH, 246, Anm. 437, 251, Anm. 443, SCHMIDT, Anwendungsgrenzen, 193, 195, 205, vgl. bereits vorst. VII 1.2, Fn.123. Gegen die neuerdings eintretende, durch nichts gerechtfertigte, Zusatzsicherheit in Form der unbeschränkten Haftung bis zur Eintragung des neuen Kommanditars im Handelsregister vgl. DONNER, 294, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1206 f. mit weiteren Zitaten.

IX. Geltendmachung der Haftung gegenüber dem Kommanditär

Die Geltendmachung der Haftung beruht im wesentlichen auf den drei vorstehend¹ beschriebenen Grundprinzipien, nämlich dem Prinzip der Subsidiarität, der Solidarität und der Akzessorietät der Haftung. Wegen des teilweise komplexen Zusammenwirkens sowie zufolge gewisser Besonderheiten bezüglich Klagelegitimation, Inhalt und Grenzen des Klageanspruchs erfordert die Geltendmachung der Haftung gegenüber dem Kommanditär jedoch eine gesonderte Behandlung.

1. Belangbarkeit des Kommanditärs

1.1 Allgemeines

Die Belangbarkeit des Kommanditärs (auch des Kollektivgesellschafters und Komplementärs) ist Voraussetzung zur Geltendmachung der Haftung.² Diese Voraussetzung ergibt sich im wesentlichen aus dem Prinzip der Subsidiarität, d.h. dem Nacheinander der Geltendmachung der Haftungen. Wie bereits ausgeführt, haftet auch der Kommanditär primär mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen. Persönlich haftet er erst subsidiär³ und zwar dann, wenn ein Haftungsauslösungsgrund eingetreten ist.⁴ Voraussetzung der Belangbarkeit ihrerseits ist somit das Vorliegen eines solchen *Haftungsauslösungsgrundes*.⁵

¹ V 1, 3 und 4.

² Vgl. die ausdrückliche Erwähnung im Marginale zu Art. 610 II de lege ferenda, nachst. im Schlusswort.

³ Zur Möglichkeit des Verzichts auf die entsprechende Einrede vgl. vorst. V 1, zur Möglichkeit der Eingehung einer Solidarbürgschaft durch den Kommanditär vgl. nachst. § 13.

⁴ Anders wie erwähnt gemäss deutschem Recht, vgl. § 171 I HGB: unmittelbare Haftung des Kommanditisten, vgl. vorst. V 1.

⁵ Die Fälligkeit der einzelnen Gläubigerforderung – enthalten noch in E II Art. 582 III – ist für die Frage der Belangbarkeit an sich ohne Interesse; unpräzis HARTMANN, N.16 zu Art. 568 OR. Allenfalls steht dem Gesellschafter eine entsprechende Einrede zu; vgl. nachst. Ziff. 2.4.1, ProtExpKomm, 55, HARTMANN, a.a.O., SIEGWART, N.22 f. zu Art. 568/69 OR. Die durch den Konkurs gegen die Gesellschaft ausgelöste Fälligkeit wirkt auch gegenüber den Gesellschaftern, SIEGWART, HARTMANN, je a.a.O.

Wie Art. 610 OR, negativ in Absatz 1, positiv in Absatz 2, festhält, gilt als Auslösungsgrund für die Haftung des Kommanditärs im Prinzip jeder Grund, der zur Auflösung der Gesellschaft führt.⁶

Damit entfällt – im Unterschied zur KollG sowie zum Komplementär (Art. 658 III, Art. 604 OR) – eine erfolglose, d.h. zu keiner bzw. zu keiner vollständigen Befriedigung der Gläubiger führende Betreibung⁸ der Gesellschaft,⁹ da eine solche Betreibung keine Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat.¹⁰ Die unterschiedliche Behandlung der beiden Gesellschaftskategorien ist aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der respektiven Haftungen legitim. Die Geltendmachung der Haftung des Kommanditärs vollzieht sich von Gesetzes wegen (Art. 610 II OR) dergestalt,¹¹ dass er die «Kommanditsumme» in die Liquidations- oder Konkursmasse einwerfen muss. Ziel ist die gleichmässige Befriedigung der Gläubiger. Solange die Gesellschaft nur von einzelnen Gläubigern – wenn auch allenfalls erfolglos – betrieben wird, liegt weder die eine noch die andere Masse vor; das Ziel ist nicht erreichbar.

Im übrigen kommen sämtliche in Art. 545 I, Ziff. 1-7 OR aufgeführten Gründe, mit Ausnahme von Tod¹² und Entmündigung des Kommanditärs (Art. 619 II OR), als Auflösungsgründe in Frage. Literatur und Judikatur zählen des weiteren zur Auflösung auch die Übernahme der Gesellschaft mit Aktiven und Passiven, sei es durch einen Dritten oder durch einen

⁶ Ausnahme: Fortsetzung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter im Sinne von Art. 579 OR, obwohl auch diese notgedrungen zur Auflösung (ev. besser, mit MOSER, 79, zu einem «Erlöschen») der Gesellschaft führt, da eine Einmann-Personengesellschaft dem schweiz. Recht unbekannt ist. Vgl. VON STEIGER, 564-65, HARTMANN, N.2 und N.11 zu Art. 579 OR, s.a. WIKI, 22, 79.

⁷ Unzutreffend daher die Kritik von BISCHOFF, 145, N.3, an HARTMANN, N.21 zu Art. 568 OR.

⁸ Möglich auch bei einer KG, z.B. für Steuern, Abgaben u.ä.m., vgl. Art. 43 SchKG. Erfolglosigkeit ist erst durch Vorliegen von einem (definitiven oder provisorischen) Verlustschein ausgewiesen, vgl. SJZ 29(1932/33)265 (199).

⁹ Entgegen StenBullStR 1931/164. Der ursprünglich in Art. 604 aOR betreffend Haftung des Komplementärs enthaltene Nachsatz «wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist», welcher in den 3 Entwürfen (vgl. E I Art. 614, E II Art. 627, E III Art. 604) fallengelassen worden war, wurde daher von der Parlamentarischen Red.-Komm. – erstmals in der Vorlage derselben vom 7. Nov. 1936 – zu Recht wieder eingeführt in die definitive Fassung von Art. 604 revOR, hingegen ebenfalls zu Recht nach wie vor weggelassen in Art. 610 I OR betreffend die Haftung des Kommanditärs. Wie hier ausdrücklich STIFFLER, 56, BISCHOFF, 145; indirekt BLUMENSTEIN, 361.

¹⁰ Vgl. VON STEIGER, 540, N.21, i.V. mit 636, indirekt PEDRAZZINI, Entscheide, 93, HARTMANN, N.5 zu Art. 610 OR – mit Bedauern; BGE 99 III 3.

¹¹ Vgl. dazu nachst. Ziff. 2.2.

¹² Unpräzis BGE 95 II 551: Die KG werde durch den Tod «eines Gesellschafters» aufgelöst.

Gesellschafter.¹³ Schliesslich führt unbestrittenermassen auch der Konkurs der Gesellschaft¹⁴ zu deren Auflösung.¹⁵

Wichtig ist daran zu erinnern, dass das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft nicht als Auflösung gilt, der Ausgeschiedene also nicht automatisch belangt werden kann,¹⁶ der Kommanditär,¹⁷ anders als der Komplementär gemäss Art. 568 III OR, auch dann nicht, wenn er nach seinem Ausscheiden in Konkurs gefallen ist. Der ausgeschiedene Kommanditär ist vielmehr endgültig von seiner Haftung befreit, wenn die Gesellschaft nicht innerhalb der Verjährungsfrist von Art. 591 OR selbst aufgelöst wird.¹⁸ Umgekehrt wird er belangbar, wenn sich die Gesellschaft innerhalb der Verjährungsfrist auflöst, ohne Berücksichtigung der Tatsache, dass er keinerlei Einfluss mehr auf Entscheidungen der Gesellschaft hat.¹⁹

Die Belangbarkeit ist ab Moment der Auflösung gegeben, d.h. mit dem Eintritt in das Liquidationsstadium, bzw. sofort nach Ausbruch des Konkurses über die Gesellschaft,²⁰ allenfalls direkt nach Übertragung des Geschäftes mit Aktiven und Passiven.²¹ Die Privatgläubiger des aufrechterstehenden Kommanditärs sind nicht geschützt, – so ausdrücklich Art. 616

¹³ Vgl. SIEGWART, N.14 zu Art. 568/69 OR, HARTMANN, N.19 zu Art. 568, N.3 zu Art. 610 OR, BISCHOFF, 142 ff.; BGE 31 II 99, 33 II 300, 100 II 379, ZBJV 44(1908)372 (für KollG); gem. WIKI, 23 f., ist zu präzisieren, dass die Übernahme die Auflösung voraussetze. Zu den Problemen in diesem Zusammenhang vgl. auch Fn.75 nachst.

¹⁴ Art. 574 I OR, vgl. HARTMANN, N.6 zu Art. 615 OR. Zum Konkurs des Kommanditärs persönlich vgl. nachst. Ziff. 1.2.

¹⁵ U.U. – zu den Einschränkungen s. VON STEIGER, 568, SIEGWART, N.10 zu Art. 574 OR – kann auch ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung der Gesellschaft eine Auflösung der letzteren und damit die Belangbarkeit des Kommanditärs bewirken. So auch HARTMANN, N.9 zu Art. 610, N.20 zu Art. 568 OR. I.d.R. wird jedoch die Beisteuerung der Haftsumme Bedingung seitens der Gläubiger und damit die Haftung erschöpft sein. Die Haftung bleibt bestehen, sofern Gläubiger entsprechende Vorbehalte angebracht haben oder sich auf eine Bürgschaft des Kommanditärs berufen können, HARTMANN, N.9 zu Art. 610 OR; s.a. vorst. V, Fn.124, sowie nachst. Fn.122. Betr. allfällige Rückgriffsrechte vgl. ebenfalls HARTMANN, a.a.O.; ZR 27(1928)55.

¹⁶ Vgl. vorst. VII 2.1.1; unzutreffend WIELAND, 636, Anm. 2.

¹⁷ Entgegen SIEGWART, N.4 zu Art. 610/12 OR, vgl. zur Problematik nachst. Ziff. 1.2.

¹⁸ Vgl. HARTMANN, N.8 zu Art. 610 OR.

¹⁹ Vgl. SIEGWART, N.18 zu Art. 568/69 OR.

²⁰ Vgl. HARTMANN, N.3 und N.4 zu Art. 610, N.5 zu Art. 615 OR, SIEGWART, N.14 und N.15 zu Art. 568/69 OR, BISCHOFF, 142, 144; vgl. z.B. BGE 36 II 375, 100 II 379, SJZ 14(1917/18)78 (26), weitere Zitate bei SIEGWART, a.a.O.; Hemmung der Belangbarkeit durch gewährte Nachlassstundung «in der Regel» bejaht von SIEGWART, N.15 zu Art. 568/69 OR. Kritik an der gesetzlichen Regelung von VON WYSS, 67 ff., unterstützt von VON STEIGER, 540, inkl. N.25, welcher eine Belangbarkeit der Gesellschafter erst nach erwiesener Zahlungsunfähigkeit für an sich gerechtfertigt hält, gleich wie im ital. Recht, CCit.art.2304, vgl. vorst. V 1, Fn.66.

²¹ Vgl. SIEGWART, N.14 zu Art. 568/69 OR.

I OR – denn der Konkurs der Gesellschaft ist ein Sonderkonkurs,²² der nicht etwa automatisch den Konkurs des Gesellschafters, insbesondere auch nicht denjenigen des Kommanditärs nach sich zieht (Art. 615 I OR).²³ Dasselbe gilt wie erwähnt im umgekehrten Sinne, d.h. der allfällige Konkurs des Kommanditärs hat den Konkurs der Gesellschaft nicht zur Folge (Art. 615 II OR).

1.2 Konkurs des Kommanditärs insbesondere

Der Konkurs des Kommanditärs²⁴ persönlich, als ausnahmsweise ebenfalls auftretende Betreibungsart, führt nicht zu seiner Belangbarkeit.²⁵ Dies im Gegensatz zur Rechtslage beim Kollektivgesellschafter (Art. 568 III OR) und – gemäss einhelliger Meinung, trotz Art. 604 OR – beim Komplementär,²⁶ deren Belangbarkeit aufgrund ihres Privatkonkurses an sich schon eine Durchbrechung des Prinzips der Subsidiarität der Gesellschafterhaftung darstellt.²⁷ Da der Konkurs eines Gesellschafters gemäss Gesetz nie automatisch zum Konkurs und damit zur Auflösung der Gesellschaft

²² Daher fällt auch die Betreibung einer Ehefrau gegen ein KG, der auch ihr Mann angehört, nicht unter das – bis zum 1.1.1988 noch geltende – Zwangsvollstreckungsverbot unter Ehegatten, vgl. BGE 99 III 3.

²³ Und umgekehrt, dazu nachst. Ziff. 1.2.

²⁴ Grundsätzlich – falls er nicht in einer anderen Funktion, z.B. als Inhaber einer Einzel-firma, im HReg. eingetragen ist – unterliegt der Kommanditär der reinen Betreibung auf Pfändung, vgl. SchKG, Art. 39 I Ziff. 3 e contrario, HARTMANN, N.6 zu Art. 602, N.8 zu Art. 615 OR, BLUMENSTEIN, 359, 361. Dass eine erfolglose Pfändung, also auch des Liquidationsanteils des Kommanditärs, nicht per se zur Auflösung der Gesellschaft führt, ist anerkannt, vgl. VON STEIGER, 644, SIEGWART, N.45 zu Art. 610 12, N.9 zu Art. 619 OR; gleich für Kollektivgesellschafter und Komplementär, vgl. VON STEIGER, 539, N.19, SIEGWART, N.17 zu Art. 568/69 OR. – Vgl. aber die Möglichkeit der Privatgläubiger, die Auflösung der Gesellschaft unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zu verlangen aufgrund von Art. 575 II OR; vgl. auch die entsprechende Möglichkeit der Konkursverwaltung, falls der Kommanditär ausnahmsweise dem Konkurs unterliegt, Art. 575 I OR; gem. BGE 102 III 36 analog anwendbar im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung.

²⁵ Anders gem. deutschem Recht, vgl. LEHMANN/DIETZ, 207.

²⁶ Vgl. VON STEIGER, 630, HARTMANN, N.6 zu Art. 604 OR, SIEGWART, N.1 zu Art. 604 OR, BOURQUIN, 57; wobei sich diese allfällige eingetretene Belangbarkeit gegenüber einem Kommanditär auf die übrigen Gesellschafter, also auch auf den Kommanditär, nicht etwa auswirkt, vgl. HARTMANN, N.18 zu Art. 568 OR.

²⁷ Vgl. vorst. V 1. – Im Privatkonkurs des Komplementärs kann übrigens auch der Kommanditär allfällige Regressansprüche ungehindert geltend machen. Art. 216/17 SchKG gelten für ihn nur, wenn er ausnahmsweise unbeschränkt haftet, vgl. SIEGWART, N.2 zu Art. 617 OR, s.a. nachst. § 12, III; zu Art. 216/17 SchKG vgl. auch VON STEIGER, 449, 546.

führt,²⁸ entfällt jedenfalls die gesetzliche Voraussetzung von Art. 610 I OR für die Belangung des Kommanditärs, es sei denn, die Gesellschaft befinde sich gleichzeitig in Konkurs.²⁹

Die Gesellschaftsgläubiger haben demnach im Privatkonkurs des Kommanditärs kein Recht, die Einwerfung des der Kommanditsumme entsprechenden Haftungsbetrages zu verlangen.³⁰ Selbstverständlich ist hingegen die Gesellschaft berechtigt, eigene Forderungen, die ihr gegenüber dem Kommanditär als Drittschuldner zustehen, sowie ihre interne, gesellschaftsrechtliche Forderung auf Leistung einer allfällig rückständigen Einlage³¹ des Kommanditärs in dessen Konkurs anzumelden.³² Sie ist dabei den Privatgläubigern des Kommanditärs gleichgestellt (Art. 618 OR).

Die rückständige Einlage umfasst grundsätzlich die Differenz zwischen der geleisteten Einlage im weiten Sinne³³ und der vertraglich vereinbarten Einlage. Diese Differenz entspricht derjenigen zwischen dem Kapitalanteil im Zeitpunkt der Konkurseröffnung und der vereinbarten Kommanditeinlage, sofern der Kapitalanteil nicht durch Verluste der Gesellschaft vermindert war. Ist dies hingegen der Fall, sind zwar nicht die Verluste als solche auszugleichen, denn dies käme der vom Gesetz (dispositiv) ausgeschlossenen Nachschusspflicht gleich.³⁴ Unter Umständen steht jedoch der

²⁸ Vgl. Art. 615 II, s.a. Art. 571 II für die KollG; vgl. aber wiederum die Möglichkeit der Konkursverwaltung gem. Art. 575 I OR. – Anders wiederum nach deutschem Recht, vgl. § 131, Ziff. 5 HGB, s.a. Fn.25 vorst.

²⁹ Zu dieser Möglichkeit s. nachst. Ziff. 2.1. (a.E.); wie hier BISCHOFF, 153.

³⁰ Deren Erwähnung in Art. 618 OR ist demnach nur für den Fall des gleichzeitigen Konkurses von Gesellschaft und Kommanditär am Platze. – Wie hier VON STEIGER, 639 und 644, GUHL, Juristische Karte Nr.760, S.1, HARTMANN, N.6 zu Art. 610 OR, SIEGWART, N.44 zu Art. 610/12 OR, BOURQUIN, 58, PATRY, Précis, 354, BLUMENSTEIN, 361, BISCHOFF, 153, HÄRTSCH, 96. Die Gläubiger können auch – entgegen Funk, N.1 zu Art. 618 OR – nicht auf Leistung der (restlichen) Kommanditsumme an die Gesellschaft klagen. Unzutreffend KAUFMANN, 65: der Anspruch der Gläubiger gehe auf dieselbe Leistung wie der Anspruch der Gesellschaft. – Anders konsequenterweise nach deutschem Recht, zufolge der unmittelbaren Haftung des Kommanditärs, vgl. z.B. SCHILLING, Anm. 47 zu § 171 HGB.

³¹ Nicht aber die Differenz zur Kommanditsumme, entgegen PATRY, Précis, 354 (welcher sich diesbezüglich zu Unrecht auf GUHL, Jurist. Karte Nr.760, abstützt, vgl. die nachst. Fn.32). FUNK, N.1 zu Art. 615 OR, s. aber demgegenüber seine N.1 zu Art. 618 OR, unzutreffend auch HÄRTSCH, Fn. auf S.97, STIFFLER, 78; s.a. nachst. bei Fn.42.

³² Zutreffend GUHL, Juristische Karte Nr. 760, S.1.

³³ Ursprüngliche Einlage samt Zuwachs, vgl. vorst. § 1, III 3.

³⁴ Vgl. Art. 560 II OR für den Komplementär und Kommanditär, Art. 601 I OR implicite zusätzlich für den Kommanditär, dazu vorst. § 10, II 1; vgl. auch ausdrücklich HARTMANN, N.13 zu Art. 601 I OR.

Gesellschaft diesfalls eine zusätzliche Forderung zu,³⁵ gestützt auf Bezüge von Zinsen und Gewinn, die der Kommanditär in Abweichung von seiner (allfälligen) Verpflichtung zum Stehenlassen getätigt hatte.³⁶ Massgebend für den Umfang dieser Forderung sind einzig interne Bezugsgrössen,³⁷ keinesfalls die Kommanditsumme.³⁸ Abzulehnen³⁹ ist im vorliegenden Zusammenhang ganz grundsätzlich die Ansicht von SIEGWART,⁴⁰ dass «die Gesellschaft die Haftung⁴¹ des Kommanditärs in dem Ausmass geltend machen kann, als unter Berücksichtigung der derzeitigen Vermögenslage der Gesellschaft zur Deckung der Gesellschaftsschulden notwendig ist».⁴²

Das Problem ergibt sich⁴³ jedenfalls nur bei einer die vereinbarte Kommanditeinlage übersteigenden Kommanditsumme, sowie im übrigen in einer finanziell ungünstig gestellten Gesellschaft. Verfügt letztere nämlich über genügend Mittel, so wird sie von ihrem Recht Gebrauch machen, entweder die Gläubiger direkt zu befriedigen, oder eine drohende oder bereits ausgesprochene Kündigung der Gesellschaft seitens der Konkursverwaltung des Kommanditärs⁴⁴ durch Einwerfung der dem Kommanditär zustehenden Abfindungssumme in seine Konkursmasse zu beseitigen. Allenfalls wird sie den Kommanditär unter Auszahlung seines Anteils⁴⁵ aus der Gesellschaft ausschliessen.⁴⁶ Sollte sich die Gesellschaft in einem späteren Zeitpunkt, aber vor Ablauf der Verjährung der Kommanditärhaftung, auflösen oder selbst in Konkurs fallen, haftet der ausgeschlossene Kommanditär mit dem seiner Konkursmasse bzw. ihm selbst ausbezahlten Abfindungsbetrage, maximal bis zum Betrag der ehemals eingetragenen Kommanditsumme.⁴⁷ Ob dieses Aufleben der Haftung gegenüber dem

³⁵ Vgl. dazu, insbes. zur Rechtsnatur dieser Forderung (aus Vertrag, aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus unerlaubter Handlung) vorst. § 2, V 1.3.3.

³⁶ Ähnlich VON STEIGER, 639.

³⁷ Zum genauen Umfang der Verpflichtung zum Stehenlassen vgl. vorst. § 2, V 1.3.2, § 3, IV 1.3, je mit Rechnungsbeispielen.

³⁸ Vgl. insbes. die Rechnungsbeispiele unter VIII 4.2.2 vorst.

³⁹ Wie hier auch HARTMANN, N.6 zu Art. 610, N.8 zu Art. 615 OR.

⁴⁰ N.44 zu Art. 610/12, N.8 zu Art. 619, s.a. N.4 zu Art. 610.12 OR, aufgenommen von VON STEIGER, 639, 644.

⁴¹ Hervorhebung durch die Verf.

⁴² Zitat nach VON STEIGER, 639, ähnlich PATRY, Précis, 354, BISCHOFF, 154; vgl. Fn.30 vorst.

⁴³ So auch SIEGWART, N.45 zu Art. 610/12, N.8 zu Art. 619 OR.

⁴⁴ Art. 575 I i.V. mit Art. 619 II OR, vgl. Fn.24 vorst., a.E.

⁴⁵ Wiederum i.S. des lebenden Geschäftswertes, nicht i.S. des Liquidationsanteiles, vgl. vorst. § 7, II 2 und IV, s.a. VON STEIGER, 639.

⁴⁶ Art. 575 III, Art. 578 OR, je i.V. mit Art. 619 II OR. Die Kommanditäre haben bei entsprechenden Beschlüssen ein Mitspracherecht, vgl. SIEGWART, N.7 zu Art. 619 OR.

⁴⁷ Vgl. SIEGWART, N.45 zu Art. 610/12 OR. Für die notwendigen Differenzierungen vgl. vorst. VIII 4.1.

vormals konkursitären Kommanditär überhaupt etwas einzubringen vermag, ist eine andere Frage.⁴⁸

Die von SIEGWART und den ihm folgenden Autoren⁴⁹ vorgeschlagene Lösung mag von der befürchteten praktischen Konsequenz her gesehen, nämlich dass die Haftung des Kommanditärs unter Umständen illusorisch⁵⁰ werden könnte, verständlich sein. Sie steht aber mit dem System des Gesetzes in krassem Widerspruch. Denn während der Dauer der Gesellschaft kann der Kommanditär Dritten gegenüber nicht haftbar werden.⁵¹ Damit entfällt die Kommanditsumme als Bezugsgrösse. Der Gesellschaft gegenüber aber erschöpft sich die Verpflichtung des Kommanditärs in der Leistung der vertraglichen Einlage.⁵² Auch die Argumentation SIEGWARTS,⁵³ wonach die Geschäftsführer in diesem Fall die gleichen Funktionen hätten wie die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft, vermag nicht zu überzeugen. Denn soweit die Liquidatoren befugt und verpflichtet sind, die *Kommanditsumme* einzuverlangen, handeln sie eben – und zwar ausschliesslich – in Vertretung der Gesellschaftsgläubiger und nicht der Gesellschaft.⁵⁴ Diese Funktion, die an sich eine Ausnahme darstellt⁵⁵ und einzig im Prinzip der gleichmässigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger ihre Begründung findet, kann den Geschäftsführern ausgeschlossen während der Dauer der Gesellschaft zugeteilt sein. Im übrigen ist, auch wenn die Gesellschaft ihrerseits aufgelöst ist – sei sie im Konkurs

⁴⁸ Zum Verlustschein aus der Zwangsvollstreckung gegen den Kommanditär vgl. SIEGWART, N.6 zu Art. 616 OR: Ausschliesslich *individuelle* Geltendmachung durch die nicht befriedigten Gläubiger, a.A. HARTMANN, N.7 zu Art. 616 OR: Verlustscheine sind auf Konkursmasse auszustellen, welche zur Geltendmachung der Ansprüche legitimiert ist. – Ein Verlustschein aus dem Gesellschaftskonkurs hat keinerlei Wirkung gegenüber dem Kommanditär, anders nur, falls er unbeschränkt haftet, s. nachst. § 12, vgl. SIEGWART, HARTMANN, je a.a.O.

⁴⁹ Vgl. Fn.39 und 40 vorst.

⁵⁰ Dieselbe Folge kann sich aber auch durch gehäufte Betreibungen von seiten der Privatgläubiger des Kommanditärs ergeben, welche anerkanntermassen auch bei Erfolglosigkeit die Belangbarkeit nicht auslösen, vgl. vorst. Fn.24.

⁵¹ Daran vermag – entgegen SIEGWART, N.7 zu Art. 619 OR – auch die, erst durch die Redaktionskommission (erstmalig in der Vorlage der Parlamentarischen RedKomm. vom 29.8.1936), bewirkte Einführung von Art. 619 II OR nichts zu ändern, denn dieser Absatz bezieht sich – wie HARTMANN, N.6 zu Art. 610 OR, zu Recht hervorhebt – nur auf die Frage der Auflösung der Gesellschaft, nicht auf die Frage der Belangbarkeit, vgl. auch HARTMANN, N.8 zu Art. 615, N.11 zu Art. 619 OR.

⁵² Vgl. HARTMANN, N.2 zu Art. 618, N.6 zu Art. 598 OR; deutlich anerkannt auch von VON STEIGER, 637, N.32. – Vgl. dazu die Präzisierungen vorst. im Text (bei Fn.35 ff.).

⁵³ A.a.O., s.a. VON STEIGER, 639, N.41.

⁵⁴ Einhellig anerkannt, vgl. dazu nachst. Ziff. 2.1, vorst. § 1, VI 2.1.

⁵⁵ So ausdrücklich SIEGWART, N.40 zu Art. 610/12 OR unter Berufung auf N.24 zu Art. 533 und N.6 zu Art. 548/50 OR.

oder in Liquidation – die Einforderung der Kommanditsumme im Konkurs des Kommanditärs nur in Konkurrenz mit seinen Privatgläubigern möglich (Art. 618 OR). Auch hier erleiden die Gesellschaftsgläubiger also in der Regel eine Einbusse. Sie haben keinerlei Vorzugsrecht.⁵⁶ Es ist ihnen nicht etwa ein der Kommanditsumme entsprechender Betrag im Vermögen des Kommanditärs fest reserviert.⁵⁷ Eine Gefährdung der Haftung ist somit immer möglich. Die persönliche Haftung der Gesellschafter, ob beschränkt oder unbeschränkt,⁵⁸ beinhaltet nie eine absolute Garantie für die Gesellschaftsgläubiger.

2. Procedere der Geltendmachung

2.1 Klagelegitimation

Aktivlegitimiert zur Einforderung der Kommanditsumme⁵⁹ ist im *Konkursfalle* die Konkursverwaltung als Vertreterin der Gesellschaftsgläubiger⁶⁰ (Art. 610 II OR)⁶¹. Entsprechend ist sie auch zu einem Vergleich legitimiert.⁶² Ob auch die einzelnen Gesellschaftsgläubiger aktivlegitimiert sind, ist umstritten; ihre Legitimation wird aber von der herrschenden Meinung abgelehnt.⁶³ Der Wortlaut von Art. 610 II OR würde deren selbständiges Vorgehen durchaus zulassen. Ein gesondertes Vorge-

⁵⁶ So deutlich Art. 618 OR, s.a. HARTSCH, 96.

⁵⁷ So schon HUBER, Ber.I, 29, s.a. HARTMANN, N.2 zu Art. 618 OR.

⁵⁸ Auch bei einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter kann durch Eintreibung umfangreicher Steuerschulden z.B. oder durch Verbrauch ein Illiquiditätszustand erreicht werden, der die Haftung, zumindest für den Moment, illusorisch macht.

⁵⁹ Nicht der Kommanditeinlage, auch nicht der überschüssenden, vgl. vorst. § 1. VI 2.2; widersprüchlich SIMON, 97, genau unterscheidend GUHL/MERZ/KUMMER, 596.

⁶⁰ Und zwar m.E. sowohl der privilegierten als auch der gewöhnlichen Gesellschaftsgläubiger – a.A. SIMON, 97, sowie offenbar ZR 1(1902)187, 16(1917)67, S.89 f., wie hier im letzteren Falle jedoch das BGer, vgl. ZR a.a.O., 90 ff. = BGE 42 III 142 f. – Anders für das deutsche Recht LEVEN, 88; seine diesbezüglichen Überlegungen sind für das schweiz. Recht jedoch nicht verwendbar.

⁶¹ Vgl. vorst. § 1, VI 2.2 und 2.1. An sich der Grundtendenz des Konkursrechts, die Interessen der Gläubiger einerseits und des Gemeinschuldners anderseits auseinanderzuhalten, widersprechend; zu Gefahren der Interessenkollision vgl. BGE 96 III 104 f. (betr. AG).

⁶² Vgl. HARTMANN, N.20 zu Art. 610 OR.

⁶³ Dagegen HARTMANN, N.20 zu Art. 610 OR, SIEGWART, N.35 zu Art. 610/ 12 OR, VON STEIGER, 636 – vgl. die entsprechende Formulierung nachst. de lege ferenda (Art. 610 II) im Schlusswort; dafür noch KAUFMANN, 62, 65 f., sowie offenbar auch GUHL/MERZ/KUMMER, 6.A., 558, 7.A., 597.

hen liegt jedoch im allgemeinen nicht im Interesse der einzelnen Gesellschaftsgläubiger. Denn die Konkursverwaltung muss – im Gegensatz zu den Liquidatoren – die Klage gegen den Kommanditär entweder geltend machen oder aber – auf Verlangen eines Gläubigers und im Einverständnis mit der gesamten Gläubigerschaft – abtreten;⁶⁴ diese Möglichkeit ist auch gegenüber einem Kommanditär allseits anerkannt.⁶⁵ Die Gläubiger haben daher keine Untätigkeit zu befürchten. Zusätzlich steht ihnen als Abtretungsgläubiger der Anspruch zu, dass die «eingeworfene Kommanditsumme», d.h. der vom Kommanditär noch einzuschliessende (Rest-) Haftungsbetrag, gemäss Absatz 2 von Art. 260 SchKG in erster Linie für die Deckung ihrer Forderungen verwendet werde.⁶⁶ Dies bedeutet einen Vorteil gegenüber der Regel von Art. 610 II OR, wonach Leistung dieses Betrages nur in die Konkursmasse – und damit zugunsten sämtlicher (gleichgestellter) Gesellschaftsgläubiger – verlangt werden kann.

Im Falle der Auflösung aus anderen Gründen, insbesondere bei *Liquidation* der Gesellschaft hingegen sind anerkanntermassen sowohl die Gläubiger⁶⁷ je einzeln⁶⁸ als auch die Liquidatoren, ausnahmsweise als Vertreter der *Gläubigerschaft*, nicht der Gesellschaft,⁶⁹ zur Einforderung der Kommanditsumme⁷⁰ berechtigt. Die Erweiterung der Klagelegitimation

⁶⁴ Vgl. Art. 260 SchKG. Zur Rechtsnatur dieser Abtretung als betreibungs- und prozessrechtliches Institut *sui generis*, das Ähnlichkeit mit der Abtretung (Art. 164 ff. OR) und dem Auftrag (Art. 394 ff. OR) hat, vgl. BGE 105 III 138, 84 III 43, 86 III 158; s.a. FLACHSMANN, 7 ff., 18, JAEGER, II, N.3 zu Art. 260 SchKG, JAEGER/DAENIKER, N.3 zu Art. 260 SchKG, BLUMENSTEIN, Handbuch, 799 ff., insbes. 804 f., FRITZSCHE, 168 f.; H.U. WALDER, SchKG (11. A., Zürich 1985): reines Prozessführungsrecht, s.a. FORSTMÖSER, Verantwortlichkeitsrecht, 75, 1. Sp. (zu BGE 111 II 182 ff.).

⁶⁵ Vgl. VON STEIGER, SIEGWART, HARTMANN, je a.a.O., FURRER, 213, BGE 27 II 575, 47 II 158, vgl. wiederum nachst. im Schlusswort den Vorschlag *de lege ferenda* (Art. 610 II). – Im Falle, dass der Kommanditär einer speziellen Gläubigergruppe entweder ausschliesslich oder in höherem Umfange haftet, können nur diese die Abtretung verlangen, vgl. BGE 48 III 214, s.a. 60 III 11.

⁶⁶ Vgl. auch VON STEIGER, 636, N.30; Regelung in der Verteilungsliste, vgl. Art. 86 KOV. Zweideutig SJZ 34(1937/38)205 (37).

⁶⁷ Im deutschen Recht steht die Klagelegitimation vor und nach Auflösung der Gesellschaft, mit der einzigen Ausnahme des Konkurses, den einzelnen Gläubigern zu, vgl. HGB § 171 I und II. Es ist dies eine Folge der unmittelbaren Haftung, s. dazu vorst. V 1.

⁶⁸ Im Sinne eines selbständigen Klagerechts, HARTMANN, N.19 zu Art. 610 OR, obwohl nicht auf Leistung an sich selbst sondern nur auf Einwerfung in die Liquidationsmasse gehend, vgl. Fn.72 nachst., gl. PATRY, Précis, 353; abweichend BISCHOFF, 152.

⁶⁹ Vgl. VON STEIGER, 636, 637, N.32, SIEGWART, N.40 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.19 zu Art. 610 OR.

⁷⁰ Wiederum nicht der Kommanditeinlage – im Gegensatz zu VON STEIGER, 651, 652, s. aber dens. S.610, 637, N.32, vgl. vorst. § 1, VI 2.1, nachst. Ziff. 2.2.

konnte eingeführt werden,⁷¹ weil aufgrund des revOR neu beide, Liquidatoren und Gesellschaftsgläubiger, nur noch Leistung an die Liquidationsmasse verlangen dürfen.⁷²

Da es um die Realisierung der *Haftung*, um die «Einwerfung» der *Kommanditsumme* geht, kann der *Gesellschaft* folgerichtig keinerlei Klagerecht zugesprochen werden.⁷³

Auch im Falle der Liquidation werden die Gläubiger allerdings üblicher- und sinnvollerweise nur dann tätig werden, wenn die Liquidatoren deren Interessen nicht genügend wahren. Es erübrigt sich dadurch das an sich ebenfalls mögliche, aber oft mühsame Verfahren auf Abberufung der Liquidatoren.⁷⁴ Sinnvoll könnte allenfalls ein Vorgehen der Gläubiger einzeln auch dann sein, wenn die Liquidatoren überhaupt nicht in Funktion treten, so z. B. bei der Auflösung der Gesellschaft zufolge Übernahme mit Aktiven und Passiven durch Dritte oder Gesellschafter.⁷⁵

Passivlegitimiert ist der Kommanditär als Ausfluss der Solidarität seiner Haftung mit den Mitgesellschaftern. Hat er zufolge der Inanspruchnahme durch die Gläubiger, bzw. die Konkursverwaltung oder die Liquidatoren, im Aussenverhältnis mehr geleistet als intern betreffend Einlageverpflich-

⁷¹ Noch nicht erwähnt in aOR Art. 603, sogar ausgeschlossen durch Praxis, vgl. z. B. BGE 19/763. Umgekehrt konnte sich der Kommanditär durch Leistung an die Liquidationsmasse auch nicht befreien, was für ihn nachteilig war, vgl. SIEGWART, N.39 zu Art. 610/12 OR, FLACHSMANN, 94.

⁷² Vgl. Art. 610 II OR sowie nachst. Ziff. 2.2.

⁷³ Vgl. HARTMANN, N.19 zu Art. 610 OR, vgl. vorst. Ziff. 1.2 (ab Fn.39 ff.), sowie § 1, VI 2.1, bei Fn.41 und 310. Unzutreffend BGE 37 II 36.

⁷⁴ Vgl. VON STEIGER, 637; auch der Kommanditär wäre dazu legitimiert, vgl. HARTMANN, N.26 zu Art. 619 OR, SIEGWART, N.10 zu Art. 619 OR, BISCHOFF, 152.

⁷⁵ Die damit im Zusammenhang stehenden Fragen sind jedoch m. E. keineswegs abschliessend geklärt. Wohin soll z. B. die Haftsumme – des offenbar zufolge Auflösung der Gesellschaft belangbaren Kommanditars (vgl. vorst. bei Fn.13) – eingeworfen werden, falls die aufgelöste Gesellschaft nicht etwa nachtraglich – innerhalb von 6 Monaten (Art. 40 SchKG) oder gestützt auf eine Wiedereintragung (SIEGWART, N.8 zu Art. 570 OR) – noch in Konkurs fällt? (Ein solcher Tatbestand – Betreibung der alten KG innerhalb von 6 Monaten – scheint dem BGE 77 II 52 f. zugrunde zu liegen.) Soll die ursprüngliche Gesellschaft diesbezüglich als weiterexistierend gelten? (vgl. Fn.84 nachst.) Oder sollen die Gläubiger ausnahmsweise individuell vorgehen dürfen – wie es SIEGWART, N.6 zu Art. 616 OR, beim Vorliegen von Verlustscheinen aus dem Konkurs des Kommanditars vorschlägt? (vgl. Fn.48 vorst.) – Vgl. im übrigen auch die Kontroversen bei Umwandlung einer KG in eine AG oder GmbH mit entsprechender Beteiligung des Kommanditars. Für Belangbarkeit SIEGWART, N.13 zu Art. 619 OR, BISCHOFF, 142 f.; dagegen WITLAND, 766, Anm. 37 (nicht 3). – Zu der m. E. ebenfalls ungelösten Frage, ob eine im Zusammenhang mit einer Übertragung von Aktiven und Passiven dem Kommanditär vom übernehmenden Komplementär ausbezahlten «Abfindung» als Rückerstattung zu betrachten sei, welche die Haftung neu auflieben lasse, vgl. vorst. VIII, Fn.34 und 102.

tung bzw. Verlusttragung vereinbart, stehen ihm entsprechende Regressrechte gegenüber seinen Mitgesellschaftern zu,⁷⁶ im Konkurs der Komplementäre in Konkurrenz mit den nicht voll befriedigten Gesellschaftsgläubigern.⁷⁷ Ausnahmsweise kann auch ein Regressrecht gegenüber der Gesellschaft vorkommen, dann nämlich, wenn die Liquidatoren den Kommanditär über das zur Schuldentilgung notwendige Mass in Anspruch genommen haben.⁷⁸ Im Prinzip soll allerdings auch im Rahmen der Liquidation nicht ohne weiteres der ganze Betrag der Kommanditsumme einverlangt werden, sondern nur so viel, wie voraussichtlich zur Schuldentilgung benötigt wird.⁷⁹ Der Überschuss – allfällig auch aus dem Konkurs der Gesellschaft – gehört dem Kommanditär,⁸⁰ unabhängig davon,⁸¹ ob er «infolge der Ordnung der Verlusttragung gegenüber seinen Mitgesellschaftern» einen Anspruch darauf hat. Die Regelung der internen Auseinandersetzung ist Sache der Gesellschafter unter sich.⁸² – Hat umgekehrt der Liquidator zu wenig eingefordert oder hat der Kommanditär anlässlich der Liquidation Werte zurückerhalten, obwohl einzelne Gläubiger ganz oder teilweise leer ausgegangen sind, so können letztere innerhalb der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 591 OR⁸³ im Umfange des Restes der Haftungssumme gegen den Kommanditär vorgehen.⁸⁴

⁷⁶ Vgl. SIEGWART, N.55 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.33 zu Art. 610 OR, VON STEIGER, 637, N.34; BGE 42 II 127 f. Dieser Entscheid ist allerdings unzutreffend insofern, als die gesetzliche Verlusttragungsbeschränkung von Art. 601 I OR (damals noch Art. 596 I aOR) nicht beachtet wurde. Grundsätzlich ist jedoch im internen Verhältnis die Verlusttragungsregelung massgebend und gilt nicht etwa wiederum Solidarität der Belangten gegenüber den Regredierenden, vgl. in neuerer Zeit BGE 103 II 139 f. (für die KollG).

⁷⁷ Vgl. SIEGWART, a.a.O.

⁷⁸ Vgl. SIEGWART, N.54 zu Art. 610/12 OR.

⁷⁹ Vgl. SIEGWART, N.41 zu Art. 610/12 OR; dass nicht der ganze Betrag erforderlich ist, ist naheliegenderweise im Rahmen einer Liquidation eher denkbar als im Konkurs.

⁸⁰ So auch HARTMANN, N.22 zu Art. 610 OR; SIEGWART, N.38 und N.41 zu Art. 610/12 OR; s.a. BGE 48 III 214.

⁸¹ Entgegen SIEGWART, N.41 zu Art. 610/12 OR.

⁸² Vgl. vorst. § 10, II 2.

⁸³ Dazu vorst. VII 2.1.2.

⁸⁴ Vgl. SIEGWART, N.13 zu Art. 619 OR. Auch hier ist nicht völlig klar (vgl. zur Problematik bei der Übertragung von Aktiven und Passiven vorst. Fn.75), wohin die Leistung der restlichen Haftsumme zu verlangen sei. Gem. SIEGWART, N.43 zu Art. 610/12 OR, ist die Situation analog zu derjenigen zu behandeln, da nachträglich Gesellschaftsaktiven zum Vorschein kamen, d.h. es ist die – kaufmännische – KG als weiterbestehende liquidierende Gesellschaft zu betrachten (ders., N.5 zu Art. 589 OR). – Bei Entdeckung von Haftansprüchen nach Abschluss des Konkursverfahrens empfiehlt SIEGWART, N.43 zu Art. 610/12 OR, ein analoges Vorgehen zu Art. 269 SchKG. Unklar, offenbar an das deutsche Recht anlehnend, HARTMANN, N.20 zu Art. 610 OR (a.E.).

Befindet sich der Kommanditär gleichzeitig mit der Gesellschaft im Konkurs, so hat die Konkursverwaltung der Gesellschaft die geschuldete Haftsumme gegenüber der Konkursmasse des Kommanditars ohne weiteres voll geltend zu machen.⁸⁵ Sie braucht nicht etwa den Konkurs der Gesellschaft abzuwarten. Art. 218 I SchKG ist nicht anwendbar, d.h. die Subsidiarität der Haftung kommt beim Kommanditär, im Gegensatz zum Kollektivgesellschafter und Komplementär, in diesem Falle vollstreckungsrechtlich nicht zum Ausdruck.⁸⁶ Zweckmässig ist es denn auch umgekehrt, die Durchführung des Kommanditärkonkurses abzuwarten, weil erst dadurch der Umfang der Konkursmasse der Gesellschaft klar ersichtlich wird.⁸⁷

Die Vertreter der Gesellschaftsgläubiger stehen im Rahmen des Kommanditärkonkurses in freier Konkurrenz mit den Privatgläubigern des Kommanditars und haben nicht etwa einen der Kommanditsumme entsprechenden Betrag a priori zugute (Art. 618 OR).⁸⁸ Der Konkursmasse des Kommanditars, vertreten durch die Konkursverwaltung, stehen diesfalls sämtliche Einreden und Regressrechte des konkursiten Kommanditars zu.⁸⁹

Ist auch der Komplementär im Konkurs, so hat der Kommanditär alles Interesse, dass die beiden Konkursmassen von Gesellschaft und Komplementär klar auseinandergehalten werden.⁹⁰

⁸⁵ Vgl. VON STEIGER, 645.

⁸⁶ Vgl. VON STEIGER, 545, BOURQUIN, 58.

⁸⁷ So auch HARLMANN, N.10 zu Art. 615 OR, SIEGWART, N.4 zu Art. 615 OR.

⁸⁸ Vgl. dazu vorst. Ziff. 1.2 (a.E.), so schon HUBER, Ber.I, 20, HARTMANN, N.2 zu Art. 618 OR.

⁸⁹ Vgl. VON STEIGER, 545.

⁹⁰ Vgl. dazu eingehend SIEGWART, N.4 zu Art. 615 OR.

2.2 Inhalt der Klage

Die Klage gegen den Kommanditär geht auf Einwerfung eines – maximal – der Kommanditsumme⁹¹ (im Sinn der Haftsumme) entsprechenden Betrages^{92, 93} in die Konkurs- bzw. Liquidationsmasse (Art. 610 II OR). Mit anderen Worten hat kein Gesellschaftsgläubiger das Recht, Leistung

⁹¹ Ob der Kommanditär intern zur Leistung einer Kommanditeinlage verpflichtet war, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Allenfalls steht ihm zufolge seiner bereits geleisteten und nicht zurückgezogenen Einlage die Einrede der Haftungsbefreiung zu, vgl. zur Haftungsbefreiung allgemein vorst. VIII, zur Einrede nachst. Ziff. 2.4.3.1.2. – Keineswegs ist bei Leistung eines Haftungs-Restbetrages der interne Begriff «Nachschusspflicht» am Platze; unzutreffend daher OGer.SG in SJZ 14(1917/18)123 (95). – § 172 III HGB hält in diesem Zusammenhang ausdrücklich fest, dass der Kommanditist sich weder auf Erlass noch auf Stundung seiner Einlage (im internen Sinn) berufen könne; so auch ausdrücklich HARTMANN, N.13 zu Art. 608 OR.

⁹² Vgl. die etwas genauere Formulierung in Art. 610 II a.E. – de lege ferenda, nachst. im Schlusswort. – Nur dieser Anspruch steht der Konkursverwaltung und den Liquidatoren zu, nicht etwa auch das Recht auf Einforderung der internen Einlage, vgl. vorst. § 1, VI 2.1 und 2.2); schon gar nicht den «Teil einer eventuellen Passivbilanz», so HGer.ZH in ZR 4(1905)98 (vgl. vorst. § 10, II). Wie hier von STEIGER, 610, 637, N.32; anders aber S.651 und S.652. Es kann dieser Anspruch entsprechend auch weder von der Konkursverwaltung (auch nicht im Rahmen von Art. 260 SchKG, unpräzis BISCHOFF, 25, N.5 a.E.) noch von den Liquidatoren zediert werden. Eine Zession seitens der Gesellschaft entfällt (mangels Aktivlegitimation derselben nach Auflösung) a priori (entgegen BISCHOFF, 25, N.5); eine Zession während der Dauer der Gesellschaft berechtigt die Gläubiger – mangels Belangbarkeit – gar nicht zum Vorgehen gegen den Kommanditär. – Betreffend Rückbezüge des überschüssenden Teils der Kommanditeinlage verbleibt den Gläubigern u.U. die betreibungsrechtliche Anfechtung, s.a. SIEGWART, N.1 zu Art. 616 OR.

⁹³ Anders für das deutsche Recht WIELAND, 745, Anm. 5, BOHNENBERG, Anm. V zu § 171 HGB, SCHILLING, Anm. 38 zu § 171 HGB, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 30 zu § 171 HGB, HASEMEYER, 45, 64; kritisch zum Wahlrecht des Konkursverwalters SCHMIDT, 123, 127 ff. Dass diese zu vielerlei Problemen Anlass gebende Doppelfunktion des Konkursverwalters Folge der unmittelbaren Haftung und damit der «Doppelhaftung» des Kommanditisten ist, ergibt sich besonders deutlich aus GURSKY, 1261 ff., vgl. dens. grundsätzlich zu der grossen Gefahr der *Risikokumulation* beim Kommanditisten, der vor Leistung seiner vereinbarten Sacheinlage von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen wird und zahlt, aber von der direkt anschliessend in Konkurs gefallenen KG keine Deckung mehr erhält und daher seinen Erstattungsanspruch (= Regressanspruch) – trotz grundsätzlich zulässiger Verrechnung im Konkurs – mit der Forderung des Konkursverwalters auf Leistung der Sacheinlage nicht verrechnen kann! Die Lösung von GURSKY selbst (vgl. S.1263, 1.Sp.) ist komplex und m.E. angesichts der Rechtslage gem. HGB nicht unproblematisch. Dass aber der Umfang der endgültigen Haftung des Kommanditisten davon abhängig sein soll, welchen der beiden Rechtsbehelfe der Konkursverwalter zufällig zuerst geltend macht – so GURSKY, 1263, 2.Sp. – scheint tatsächlich untragbar. (S.a. vorst. V, Fn.55). Zur Risikokumulation s.a. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1168.

an sich selbst zu verlangen.⁹⁴ Angestrebt wird eine *gleichmässige Befriedigung aller Gläubiger* (par condicio creditorum)⁹⁵ unter Vermeidung des vielzitierten, unerfreulichen «Wettlaufs der Gläubiger», wie er im Rahmen der Liquidation unter dem alten Recht⁹⁶ noch möglich war. Es ist dies die Folge der konsequenten Ausgestaltung des Gesamthaftungsanspruchs der Gläubiger,⁹⁷ welcher sich bei der Geltendmachung der Haftung und somit ab Auflösung der Gesellschaft dergestalt auswirkt.⁹⁸

Der Grundsatz der gleichmässigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger verlangt unter Umständen die Aufstellung verschiedener Kollokationspläne, allenfalls auch im Liquidationsverfahren.⁹⁹ Dann nämlich, wenn ein Kommanditär früher ausgeschieden, aber auch dann, wenn während der Dauer der Gesellschaft eine Herabsetzung der Kommanditsumme vorgenommen worden war.¹⁰⁰ Im ersten Fall haftet der Kommanditär nur noch den «Altgläubigern»,¹⁰¹ während im zweiten umfangmässig zwischen Alt- und Neugläubigern unterschieden werden

⁹⁴ Auch diesbezüglich – naheliegenderweise – abweichend das deutsche Recht: Der Gesellschaftsgläubiger hat jederzeit, d.h. vor und nach Auflösung der Gesellschaft anders als durch Konkurs, das Recht, Leistung *an sich selbst* zu verlangen, vgl. § 171 I HGB. Eine Haftung i.S. der Realerfüllung – dazu vorst. IV – ist daher in jeder Beziehung besser denk- und auch durchführbar.

⁹⁵ Im deutschen Recht nur im Konkursfälle und zwar nur während des Konkurses gegeben (§ 171 II HGB), vgl. SCHLEGELBERGER/GESELLER, Anm. 31 und 38 zu § 171 HGB, s.a. HASEMEYER, 43, 55, für eine gewisse Ausdehnung des Prinzips ders. 51 f. Im deutschen Recht konkurrieren allerdings nicht nur die Gesellschaftsgläubiger unter sich, sondern v.a. auch die Gesellschaft und die Gläubiger miteinander (vgl. vorst. Fn. 93). Es ging dem deutschen Gesetzgeber gem. GURSKY, 1262, 2. Sp., u.a. um die «*Absicherung der Einlageforderung der Gesellschaft gegen Verkürzung durch Einzelzugriffe von Gesellschaftsgläubigern*». (Zitat von GURSKY seinerseits übernommen aus JAEGER WEBER, Konkursordnung, §§ 209, 210, Randziffer 31).

⁹⁶ Vgl. Art. 603 II aOR, sowie ZELLER, N.2 zu Art. 603 aOR, ProtExpKomm., 131, GUHL, Ergebnisse der Beratungen, 102, s.a. VON STEIGER, 637, HARTMANN, N.1 zu Art. 610 OR.

⁹⁷ Vgl. dazu auch SIEGWART, N.39 ff. zu Art. 610/12 OR, kritisch SIMON, 93, da bei der neuen Regelung die «wachsamen» Gläubiger nicht mehr honoriert würden, ähnlich BISCHOFF, 152 f.

⁹⁸ Vgl. dazu noch nachst. Ziff. 2.4.3.2.

⁹⁹ Auch im Falle der Liquidation durch Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, vgl. BGE 59 III 201.

¹⁰⁰ Beides vorst. VII 2.1 und VI 3.2, gl. u.U. bei einer nur individuell kundgegebenen Erhöhung, vgl. vorst. VI 3.1. Ev. müssen auch spezielle Vereinbarungen mit einzelnen Gläubigern beachtet werden, vgl. vorst. VII 2.1.3, nachst. Ziff. 2.4.3.2.1. Die Unterscheidung betrifft grundsätzlich die Gläubiger aller Klassen, vgl. BGE 48 III 210.

¹⁰¹ Bzw. genauer denjenigen, deren Forderungen vor seinem Ausscheiden entstanden waren. Der oberwähnte Ausdruck wird seiner allgemeinen Gebräuchlichkeit wegen (s. z.B. auch SCHMIDT, 76) weiterhin verwendet, vgl. vorst. VI, Fn.66. Vgl. zum Zeitpunkt der Entstehung einer Forderung als Kriterium vorst. VII 2.1.2.

muss. Die beiden Fälle können natürlich auch kumuliert auftreten. Aufzustellen sind demnach (mindestens) zwei Kollokationspläne; ein allgemeiner, auf dem sämtliche Forderungen aufzuführen sind, sowie ein besonderer für die sogenannten privilegierten Gläubiger, d.h. für die Altgläubiger bzw. für diejenigen, die auf eine höhere Haftsumme Anspruch haben.¹⁰² Formell können die beiden Pläne ohne weiteres zusammengefasst werden.¹⁰³ Der endgültige Umfang der doppelt, also auch auf dem allgemeinen Kollokationsplan eingetragenen Forderungen hängt vom Umfang der Befriedigung der entsprechenden Forderungen im Rahmen des speziellen Kollokationsplanes ab. Nur mit dem Ausfall nehmen die privilegierten Gläubiger an der allgemeinen Verteilung teil; die Aufstellung von zwei Kollokationsplänen liegt also unter anderem auch im Interesse der übrigen Gesellschaftsgläubiger.¹⁰⁴ Ein allfälliger Überschuss fällt an den Kommanditär zurück.¹⁰⁵

Gefordert werden kann ausschliesslich die Einwerfung eines Geldbetrages.¹⁰⁶ Dieser hat bei überbewerteten – geleisteten und belassenen – Sacheinlagen der Differenz zum wirklichen Wert zu entsprechen.¹⁰⁷ Dass höchstens Verzugszinse seit Mahnung zur Zahlung des restlich geschuldeten Haftbetrages dazugerechnet werden dürfen, keinesfalls aber etwa seit Fälligkeit der Leistung der *Kommanditeinlage* nach interner Vereinbarung,

¹⁰² Die Rechtskraft des Separatkollokationsplanes steht nicht der Einrede des belangten früheren Kommanditars entgegen, jene Schulden seien nicht schon vor seinem Austritt entstanden, vgl. BGE 60 III 11. – Den Gläubigern, welche im Separatkollokationsplan nicht zugelassen werden, hat das Konkursamt eine Anzeige gem. Art. 249 III SchKG zu schicken, vgl. BGE 48 III 212.

¹⁰³ Vgl. BGE 48 III 211; sie müssen aber nicht, sie können zeitlich sogar auseinanderfallen. Vgl. BGE 59 III 201, wo das Recht des Kommanditars, die nachträgliche Aufstellung eines Separatkollokationsplans zu verlangen, gutgeheissen wurde.

¹⁰⁴ Für Einzelheiten vgl. HARTMANN, N.24 zu Art. 610 OR, SIEGWART, N.51/52 zu Art. 610/12 OR, SIMON, 99 ff.; BGE 42 III 146 f., 48 III 208, 59 III 199; abweichende Vorschläge bei BISCHOFF, 140 f., 149 f., HASEMEYER, 72. – Ähnlich bei der GmbH, vgl. W. VON STEIGER, Zürcher Kommentar zum Recht der GmbH, Einleitung, N.79. Zur Entdeckung eines Haftanspruchs des Kommanditars nach Durchführung des Konkurses oder der Liquidation s. SIEGWART, N.42/43 zu Art. 610/12 OR, vgl. vorst. Fn.84.

¹⁰⁵ So auch BISCHOFF, 150. Die Beachtung der Verlusttragungsordnung ist hingegen m.E. Sache der internen Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern.

¹⁰⁶ Gem. BGE 42 III 135 kommt der Konkursverwaltung daher a fortiori auch das Recht zu, eine Gutschrift rückgängig zu machen, durch die der Kommanditär von einer Forderung befreit worden ist.

¹⁰⁷ Vgl. HARTMANN, N.21 zu Art. 610 OR, vgl. vorst. VIII 1 und 2, sowie § 1, IV 2.

sollte an sich selbstverständlich sein.¹⁰⁸ Die Leistung einer Sacheinlage in natura hat nach Auflösung der Gesellschaft in der Regel an sich keinen Sinn mehr. Sie ist jedenfalls für den Kommanditär von Gesetzes wegen ausgeschlossen.¹⁰⁹ Die Diskussion um Interesse- oder Realerfüllungshaftung entbehrt damit im Falle der beschränkten Haftung des Kommanditars jeglicher Grundlage.¹¹⁰

Die Einwerfung des Haftbetrages soll im Liquidationsfalle wie angeönt, nur wenn und soweit erforderlich verlangt werden, andernfalls die Gesellschaft Regressrechte¹¹¹ bzw. Einreden¹¹² des Kommanditars riskiert. Es ist dies unter anderem ein Ausfluss der Akzessorietät der Haftung im vorbeschriebenen Sinne,¹¹³ nämlich insofern, als die Haftung nicht weiter reichen kann als die Verbindlichkeiten selbst. Im Konkursfalle soll über die Kommanditsumme, falls mit einem Überschuss gerechnet werden kann, gesondert Rechnung geführt werden.¹¹⁴ Grundsätzlich fällt aber der vom Kommanditär bezahlte Betrag in die eigentliche Liquidations- oder Konkursmasse, nicht in eine vom übrigen Gesellschaftsvermögen getrennte Masse.¹¹⁵

2.3 Gerichtsstand (Hinweis)

Der Haftungsanspruch der Gesellschaftsgläubiger gegenüber dem Kommanditär ist ein Anspruch persönlicher Natur. Der Kommanditär ist daher an seinem Wohnsitz, nicht etwa am Sitz der Gesellschaft, einzuklagen und untersteht auch der Wohnsitzgarantie von Art. 59 BV,¹¹⁶ solange er solvent

¹⁰⁸ So ausdrücklich HARTMANN, N.22 zu Art. 610; BGfE 31 II 104, 42 III 146. Hier wird wieder einmal die Vermischung von Internum und Externum besonders deutlich, indem das BGfE festhält, «insoweit dieses Kapital, bzw. jener im HReg. eingetragene Betrag der Kommandite nicht vermindert wird, dürfen» dem Kommanditär nach Art. 605 OR [entspr. Art. 611 revOR – die Verf.] «Zinse ausgezahlt werden»...

¹⁰⁹ Vgl. HARTMANN, N.21 zu Art. 610 OR.

¹¹⁰ Unverständlich darum HARTMANN, N.2 (im Gegensatz zu seiner N.21) zu Art. 610 OR, s. dazu bereits vorst. IV.

¹¹¹ Vgl. dazu vorst. bei Fn.78, SIEGWART, N.41 und N.54 zu Art. 610/ 12 OR, VON STEIGER, 636, ähnlich HARTMANN, N.22 zu Art. 610 OR.

¹¹² Vgl. nachst. Ziff. 2.4.3.1.1.

¹¹³ Vgl. vorst. V 4.

¹¹⁴ So SIEGWART, N.38 zu Art. 610/12 OR.

¹¹⁵ Vgl. HARTMANN, N.22 zu Art. 610 OR, ProtExpKomm, 131, HASEMEYER, 65; BGfE 35 II 691, 42 III 140; ähnlich SCHMIDT, 139; a.A. KAUFMANN, 68, SIMON, 97 f., 101, s.a. 94, BISCHOFF, 146 ff., 152, WIELAND, 760.

¹¹⁶ Vgl. HARTMANN, N.17 zu Art. 554, N.25 zu Art. 610 OR, SIEGWART, N.15 zu Art. 554/56 OR, FUNK, N.2 zu Art. 610 OR, VON WYSS, 76 f., SIMON, 95 f., BISCHOFF, 154, (beide

ist.¹¹⁷ Ein Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft als Erfüllungsort¹¹⁸ ist abzulehnen, schon weil nach hier vertretener Ansicht aufgrund der Interesshaftung die Verpflichtung der Gesellschaft mit derjenigen der Gesellschafter nicht identisch ist,¹¹⁹ bzw. zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern insbesondere keine Solidarität der Haftung besteht.¹²⁰

2.4 Einreden des Kommanditärs

2.4.1 Der Gesellschaft zustehende Einreden

Aus dem Grundsatz der Akzessorietät der Haftung,¹²¹ nicht weil eine einheitliche Verpflichtung der Gesellschaft und des Gesellschafters vorläge,¹²² ergibt sich, dass dem Kommanditär alle Einreden zustehen, die bzw. soweit sie die Gesellschaft selbst geltend machen könnte.¹²³ Entsprechend kann der Kommanditär diese Einreden dann nicht mehr vorbringen, wenn die betreffende Forderung bereits rechtsgültig durch Urteil gegen die Gesellschaft¹²⁴ gutgeheissen wurde.¹²⁵

unter Vorbehalt von Einlassung und Prorogation), STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, N.13 zu § 3; BGE 26 I 299 (auch als Betreibungs-ort, Art. 46 I SchKG, vgl. BGE, a.a.O., S.300), BGE 100 II 379 f., ZR 30(1931)48. U.U. Ausnahme von Wohnsitzprinzip und Durchführung eines einzigen Prozesses wegen Solidarschuldnerschaft, vgl. HARTMANN, N.17 zu Art. 554 OR, s.a. VON WYSS, 77, N.5; sowie BGE 51 I 49, 52 I 135, 53 I 49 und 53, für Kommanditär 26 I 299, ZR a.a.O.; indirekt ablehnend BGE 100 II 380.

¹¹⁷ Vgl. WALDER, 100 f.

¹¹⁸ Entgegen HARTMANN, N.25 zu Art. 610, N.22 zu Art. 568 OR, FURRER, 112; s.a. SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 5 zu § 171 HGB – verständlicher, weil zufolge der Ausgestaltung der Haftung gem. deutschem Recht eine Haftung für Realerfüllung durchaus vertretbar ist, s.a. seine Anm. 6 a.a.O.; wie hier VON WYSS, 77; anders wiederum bei Verzicht und Unterwerfung unter den gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Gerichtsstand der Gesellschaft vgl. auch SIMON und BISCHOFF in Fn.116 vorst.; BGE 26 I 299.

¹¹⁹ Vgl. vorst. IV.

¹²⁰ Vgl. dazu ebenfalls vorst. V 3.

¹²¹ Vgl. vorst. V 4, s.a. VON STEIGER, 543/44, VON WYSS, 79.

¹²² So HARTMANN, N.29 zu Art. 568 OR.

¹²³ Vgl. z.B. BGE 83 II 49, z.B. auch die Einrede eines mit der Gesellschaft abgeschlossenen Nachlassvertrags, so z.B. VON STEIGER, 638, i.V. mit S.544; s.a. Fn.15 vorst.

¹²⁴ Nicht gegenüber einem anderen Kommanditär, so HARTMANN, N.10 und N.26 zu Art. 610 OR, FURRER 133.

¹²⁵ So VON STEIGER, 638, 533, HARTMANN, N.26 zu Art. 610 OR, VON WYSS, 77, s.a. vorst. § 1, VI 1.2 (a.E.).

Ein solches Urteil besitzt demnach materielle Rechtskraft auch gegenüber dem Gesellschafter.¹²⁶ Der Gläubiger kann aber gemäss heute übereinstimmender Literatur und Judikatur gestützt darauf dem Gesellschafter gegenüber nur provisorische, keine definitive Rechtsöffnung verlangen; die persönlichen Einreden bleiben dem Gesellschafter¹²⁷ also auch im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens gewahrt.¹²⁸

Hat die Gesellschaft die Schuld anerkannt oder auf eine Einrede rechtsgültig verzichtet, ist der Kommanditär ebenfalls daran gebunden.¹²⁹

Jeder Gesellschafter, inbegriffen der Kommanditär, hat zum Vorbringen dieser Einreden nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht. Eine Verletzung dieser Pflicht bedroht seine Regressrechte gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern.¹³⁰ Im allfälligen Konkurs des Kommanditars stehen die Einreden und Regressrechte seiner Konkursverwaltung zu.¹³¹

In Frage kommen Einreden der Gesellschaft, die die Existenz der Schuld betreffen, wie Nichtigkeit, Unverbindlichkeit, Erlass, auch Verrechnung; Einreden, die das Ausmass beeinflussen (unter anderem im Zusammenhang mit einem Nachlassvertrag),¹³² sowie solche, die die Fälligkeit berühren (mangelnde Erfüllung der Gegenseite, Nachlassstundung).¹³³

¹²⁶ Frühere Praxis uneinheitlich; wie hier OGer.ZH in SJZ 3(1906/7)204 (66), BGE 71 II 40 f., mit der Begründung u.a., dass andernfalls die Rechtskraftwirkung eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils jederzeit auch durch den Beizug neuer Gesellschafter umgangen werden könnte; a.A. offenbar OGer.BL in SJZ 33(1936/37)126 (26), Berner Appellationshof in SJZ 10(1913/14)31 (27).

¹²⁷ Dem Kommanditär im nachfolgend, Ziff. 2.4.3, umschriebenen Umfang.

¹²⁸ Vgl. VON STEIGER, 533, HARTMANN, N.16 zu Art. 562 OR, SIEGWART, N.12 zu Art. 562 OR, VON WYSS, 80; BGE 71 II 40 betr. KG, SJZ 12(1915/16)216 (182) betr. KollG, ZR 16(1917)42; provisorische Rechtsöffnung gegenüber Kollektivgesellschafter auch gestützt auf eine schriftliche Schuldanerkennung der Gesellschaft, ZR 54(1955)87 (so schon am Rande ZR 16(1917)42), ZBJV 60(1924)450. – Gem. § 129 IV i.V. mit § 161 II HGB findet hingegen keinerlei Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter gestützt auf ein Urteil gegen die Gesellschaft, insbes. gegen den Kommanditisten, statt, vgl. auch LEHMANN/DIETZ, 203.

¹²⁹ Vgl. HARTMANN, N.29 zu Art. 568 OR, Vgl. § 129 HGB: «nur insoweit», sowie BOHNENBERG, Anm. II dazu.

¹³⁰ Vgl. SIEGWART, N.23 zu Art. 568/69 OR, HARTMANN, N.30 zu Art. 568 OR, VON STEIGER, 544, BREITENBACH, 67; s.a. Art. 145 II, sowie Art. 503 III OR für den Bürgen.

¹³¹ Vgl. VON STEIGER, 545.

¹³² Vgl. Fn.123 vorst.

¹³³ Vgl. VON STEIGER, 544, 638, SIEGWART, N.23 und N.24 zu Art. 568/ 69 OR.

2.4.2 Einreden aus dem Gesellschaftsverhältnis

Einreden gestützt auf die Unverbindlichkeit des Gesellschaftsvertrages wegen Willensmängeln¹³⁴ können nur bösgläubigen Dritten gegenüber vorgebracht werden.¹³⁵ Sonstige Einreden, die sich auf das interne Gesellschaftsverhältnis beziehen, wie z.B. die *interne* Vereinbarung einer Haftungsbefreiung, sind Dritten gegenüber unzulässig.¹³⁶

2.4.3 Persönliche Einreden des Kommanditärs

2.4.3.1 Einreden gegenüber der Gesamtgläubigerschaft

2.4.3.1.1 Allgemeines

Soweit der Kommanditär der Konkursverwaltung bzw. dem oder den Liquidatoren gegenübersteht, kann er nach einhelliger Meinung grundsätzlich¹³⁷ alle diejenigen persönlichen Einreden vorbringen, die die Gesamtheit der Gläubigerschaft betreffen:¹³⁸ so z.B. also die Verjährung der Haftung gestützt auf Art. 591 OR,¹³⁹ die mangelnde Voraussetzung der Belangbarkeit bzw. das Fehlen eines Haftungsauslösungsgrundes,¹⁴⁰ seine Haftungsbefreiung zufolge Leistung eines der «Kommanditsumme» entsprechenden Betrages in das Gesellschaftsvermögen.¹⁴¹

Ebenfalls im Zusammenhang mit seiner beschränkten Haftung kann der Kommanditär gegenüber der Gesamtgläubigerschaft einwenden, dass die volle Kommanditsumme zur Tilgung der Gesellschaftsschulden nicht

¹³⁴ Zum Willensmangel im Rahmen eines KG-Vertrages an sich vgl. BGE 20/591 ff., Bsp. (KollG) in ZR 25(1926)43, Erw.7 und 8.

¹³⁵ Vgl. VON STEIGER, 639, 544, eingehend 359 ff., insbes. 365, VON WYSS, 81 ff., HARTMANN, N.20 zu Art. 552 OR, SIEGWART, N.116 der Vorbem. zu Art. 530 ff. OR; BGE 34 II 312, 60 II 109 f., ausgezeichnet schon BGE 29 II 667, 663, unter Bezugnahme auf einen früheren BGE betr. Kollektivgesellschaftler in ZR 1(1902)54; s.a. VON ARX, 36 ff., für Kommanditär insbes. 76 f.; zur Geltendmachung, ders. 53 ff.; zu den Folgen, ders., 57 ff., zur Auseinandersetzung, 83 ff., vgl. auch ZELLER, N.9. zu Art. 603 aOR.

¹³⁶ Vgl. VON STEIGER, 639, HARTMANN, N.30 zu Art. 610 OR, SIMON, 18, BISCHOFF, 22, unter den Dritten sind jedoch nicht Gesellschaftler, die als Gesamtgläubiger auftreten zu verstehen, ders. 19.

¹³⁷ Zu den Problemen im Zusammenhang mit der Verrechnungseinrede vgl. nachst. Ziff. 2.4.3.1.3.

¹³⁸ Vgl. VON STEIGER, 638, HARTMANN, N.28 zu Art. 610 OR; SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 35 zu § 171 HGB.

¹³⁹ Vgl. dazu vorst. VII 2.1.2.

¹⁴⁰ Vgl. dazu vorst. Ziff. 1.1.

¹⁴¹ Dazu ausführlich nachst. Ziff. 2.4.3.1.2.

erforderlich sei.¹⁴² Im Rahmen dieses Überschusses müssen dem Kommanditär jedenfalls auch persönliche Einreden gegenüber einem einzelnen Gläubiger¹⁴³ zugestanden werden, darunter auch die Einrede der Verrechnung gegen einen einzelnen Gesellschaftsgläubiger, der gleichzeitig ein Privatschuldner des Kommanditärs ist.¹⁴⁴

Die erwähnten Einreden kann der Kommanditär a fortiori auch gegenüber dem einen Gläubiger, der befugterweise¹⁴⁵ einzeln gegen ihn vorgeht, anbringen.

2.4.3.1.2 Einrede der Haftungsbefreiung

Von den genannten Einredemöglichkeiten ist sicher die wichtigste, jedenfalls die spezifischste für den Kommanditär, diejenige der Geltendmachung seiner Befreiung von der Haftung aufgrund von Art. 610 II OR.¹⁴⁶ Der Kommanditär kann also einwenden, er habe eine Einlage in Höhe der Kommanditsumme an die Gesellschaft bereits selbst geleistet,¹⁴⁷ bzw. in Form von Zinsen, Gewinnanteilen oder Honoraren auf seinem Kapitalkonto stehen lassen,¹⁴⁸ bzw. unter Umständen¹⁴⁹ ergänzend, sie sei ihm nicht wieder zurückerstattet worden.

An dieser Stelle interessiert noch die Beweislage.

Die Beweislast für die Tatsache sowie für den Umfang einer haftungsbefreienden Leistung ins Gesellschaftsvermögen liegt grundsätzlich beim Kommanditär.¹⁵⁰

¹⁴² So HARTMANN, N.27 zu Art. 610 OR, FUNK, N.2 zu Art. 610 OR, ähnlich SIMON, 99; SCHILLING, Anm. 41 zu § 171 HGB, SCHLEGELBERGER, GESNIER, Anm. 35 zu § 171 HGB, auch betr. ausgeschiedenen Kommanditisten. Auf einen Überschuss haben die Gläubiger keinen Anspruch, vgl. vorst. bei Fn.111.

¹⁴³ So auch SIEGWART, N.37 zu Art. 610/12 OR; jedoch wird seine Beschränkung der persönlichen Einreden auf diese Fälle vorliegend nicht anerkannt. Vgl. dazu nachst. Ziff. 2.4.3.2.1.

¹⁴⁴ Vgl. nachst. Ziff. 2.4.3.2.2.

¹⁴⁵ Im Zusammenhang mit einer Liquidation bzw. aufgrund einer Abtretung gem. Art. 260 SchKG im Konkurs, dazu je vorst. Ziff. 2.1.

¹⁴⁶ Im einzelnen ausführlich dazu vorst. VIII. Die Haftungsbefreiung zeitigt also eine Einrede, umgekehrt ist das Nichtvorliegen von Befreiungsgründen, entgegen HARTMANN, N.11 zu Art. 610 OR, nicht etwa Voraussetzung zur Klage.

¹⁴⁷ U.U. auch durch Verrechnung mit einer eigenen, aussergesellschaftlichen Forderung gegen die Gesellschaft, vgl. auch vorst. VIII 2.

¹⁴⁸ Leistung der Einlage i.w.S., vgl. vorst. VIII 3.1.

¹⁴⁹ Zu Fragen der Beweislast betr. Rückerstattungen vgl. nachst. im Text.

¹⁵⁰ Vgl. VON STEIGER, 638 N.36, HARTMANN, N.31 zu Art. 610 OR, SIEGWART, N.4 zu Art. 596/97, N.10 zu Art. 610/12 OR, FURRER, 221, 227, 235; ZBJV 40(1904)96, 97, Pra. 27/193; KEUK, 425.

Bei Sacheinlagen, soweit diese ins Handelsregister eingetragen wurden,¹⁵¹ hat der Kommanditär hingegen lediglich darzutun, *dass*¹⁵² und damit auch *wann* er sie geleistet habe. Das Handelsregister gibt nur die Tatsache wieder, dass der Kommanditär die betreffende Sacheinlage der Gesellschaft gegenüber versprochen, nicht aber, dass und damit wann er sie geleistet hat.¹⁵³ Betreffend den Wert der Sacheinlage hat vorweg der Handelsregistereintrag die Vermutung der Richtigkeit für sich (Art. 9 I ZGB). Dem Gläubiger verbleibt der Gegenbeweis einer allfälligen Nichtleistung,¹⁵⁴ sowie gemäss ausdrücklicher Gesetzesvorschrift¹⁵⁵ der Beweis dafür,¹⁵⁶ dass der im Handelsregister eingetragene Wertansatz der eigentlichen Leistung ins Gesellschaftsvermögen – und zwar im Zeitpunkt des Einbringens –¹⁵⁷ nicht entsprochen habe (Art. 608 III OR).¹⁵⁸ Denn wie erwähnt wird die Haftung des Kommanditärs nur durch Leistung eines wirklichen, wahren Wertes¹⁵⁹ erschöpft, durch eine echte Mehrung des –

¹⁵¹ Vgl. SIEGWART, a.a.O., N.9 zu Art. 608/9 OR, anders, aber m.E. nicht einleuchtend HARTMANN, N.19 zu Art. 608, N.13 zu Art. 596 OR.

¹⁵² So auch von STEIGER, 634 OR, HARTMANN, N.13 zu Art. 596 OR, RAUCH, 50; m.E. unzutreffend SIEGWART, N.5 zu Art. 596/97, N.9 zu Art. 608/9, N.10 zu Art. 610/12 OR unter Hinweis auf ProtExpKomm, 121, sowie auf GYSIN, 194, welche jedoch beide keine diesbezüglich klare Aussage enthalten.

¹⁵³ Vgl. ausführlich vorst. § 1, IV 2.1, u.a. bei Fn.201 ff.

¹⁵⁴ Vgl. SIEGWART, N.5 zu Art. 596/97 OR, sowie erneut vorst. § 1, IV 2.1, Fn.196 ff.

¹⁵⁵ Art. 608 III i.V. mit Art. 596 III OR. Bekämpfte Umkehr der Beweislast; diese bezieht sich aber – entgegen SIEGWART, a.a.O. – vgl. vorst. im Text – nur auf den Wert, nicht auf die Tatsache des Einbringens; zu deren Bedeutung und auch Vorteilen sowie zu deren Umstrittenheit vgl. ausführlich vorst. § 1, IV 2.1, s.a. HARTMANN, N.19 zu Art. 608, N.13 zu Art. 596 OR, SIEGWART, N.4/7 zu Art. 596/97 OR, ProtExpKomm, 121.

¹⁵⁶ Nicht Einrede, so noch E II Art. 624 III, bzw. Einwendung, so noch E III Art. 608 III, da dem Gläubiger nicht nur in der Beklagten-, sondern auch in der Klägerrolle zustehend, vgl. StenBullStR 1931/ 165.

¹⁵⁷ Welcher nicht unbedingt mit dem Zeitpunkt der Anmeldung und Eintragung ins HReg. zusammenfallen muss, vgl. vorst. § 1, IV 2.1. So auch SIEGWART, N.12 zu Art. 610/12 OR, s.a. BIHE 6/307 f. Eine spätere Entwertung berührt den Kommanditär allenfalls im Rahmen seiner Bezugsbeschränkung betr. Zinsen und Gewinn bzw. dem damit im Zusammenhang stehenden Aufleben der Haftung aufgrund von Art. 611 I OR, vgl. dazu vorst. VIII 1. Unpräzise: spätere Entwertung berühre ihn überhaupt nicht mehr, z.B. HARTMANN, N.11 zu Art. 596 OR.

¹⁵⁸ Vgl. vorst. § 1, IV 2.1, bei Fn.154 und 203; vgl. von STEIGER, 605, 635.

¹⁵⁹ Vgl. dazu auch vorst. VIII 2, von STEIGER, 635, HARTMANN, N.11 zu Art. 596, N.17 f. zu Art. 608 OR, SIEGWART, N.12 ff. zu Art. 610/ 12 OR, WIELAND, 762, s.a. SCHOOP, 62 ff. für die AG.

primär haftenden – Gesellschaftsvermögens. Im Rahmen einer allfälligen¹⁶⁰ Überbewertung der Sacheinlage bleibt daher die Haftung bestehen,¹⁶¹ was sich schon aus den allgemeinen Haftungsgrundsätzen ergibt.¹⁶²

Teilweise umstritten ist die Beweislast betreffend *Rückerstattungen*. Grundsätzlich, ausgehend von Art. 8 ZGB, wäre wohl die Beweislast eher dem die Rückerstattung und damit das Aufleben der Haftung behauptenden Gesellschaftsgläubiger aufzubürden;¹⁶³ vom Kommanditär her gesehen entfällt nur dessen haftungsbefreiende Einrede.¹⁶⁴ Jedoch dürfen an einen solchen Beweis keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden. Denn bei den Rückerstattungen handelt es sich um Interna der Gesellschaft, die dem Gläubiger in der Regel kaum im einzelnen bekannt sein dürften und worüber er normalerweise auch keinerlei beweistauglichen Unterlagen besitzt. Es muss daher eine Glaubhaftmachung¹⁶⁵ bzw. ein Vorliegen von Umständen, die gegen den Kommanditär sprechen¹⁶⁶ genügen, um diesem den Beweis dafür, dass die Einlage *nicht* zurückgezogen wurde, aufzuerlegen.¹⁶⁷ Ohne Vorliegen von jeglichen Anhaltspunkten darf der Kommanditär jedoch m.E. nicht mit einem Beweis belastet werden.

Dasselbe gilt mutatis mutandis bei Vorliegen von Rückerstattungen in Form von Zins- oder Gewinnbezügen trotz Verminderung des Kapitalanteils durch Verluste, welche die Haftung allenfalls wieder aufleben

¹⁶⁰ Nur Überbewertungen von einer gewissen Bedeutung sind zu berücksichtigen, da jeder Bewertung ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden werden muss – so auch SIEGWART, N.14 zu Art. 610/12 OR, HARTMANN, N.13 zu Art. 596 OR, SIMON, 87; SJZ 14(1917/18)123 (95). Ähnlich KONIETZKO, 121, N.1.

¹⁶¹ Vgl. SIEGWART, N.7 zu Art. 596/97, N.9 zu Art. 608 9, N.13 14 zu Art. 610 12 OR.

¹⁶² So zutreffend HARTMANN, N.19 zu Art. 608 OR, s.a. SIMON, 85 f. (unter dem aOR), s.a. vorst. § 1, IV 2.1 bei Fn.169.

¹⁶³ Für Beweislast des Gläubigers SCHLEGELBERGER GESSLER, Anm. 30 zu § 172 HGB, FURRER, 248, SUDHOFF, 22; dagegen KLUK, 425 f., unter dem Hinweis darauf, dass auch die Auffassung von der Beweislast in dem irrümlichen Verständnis des § 172 IV HGB (entsprechend Art. 611 OR) als eines der actio Pauliana ähnlichen Haftungstatbestandes wurzle. – Zur Beweislast eines Negativums vgl. auch Rep. 103(1970)62.

¹⁶⁴ Dazu vorst. VIII 2 und 4.1, s.a. HARTMANN, N.12 zu Art. 610 OR.

¹⁶⁵ So SIEGWART, N.19 zu Art. 610/12 OR, ähnlich SIMON, 52 f.; a.M. FURRER, 211.

¹⁶⁶ So HARTMANN, N.32 zu Art. 610 OR.

¹⁶⁷ Ähnlich VON STEIGER, 638, N.36, SIMON, 53. Noch kategorischer für Beweislast des Kommanditars, unter Hinweis auf ähnliche Handhabung der Probleme bei der GmbH W. VON STEIGER, Zürcher Kommentar zum Rechte der GmbH, N.16 zu Art. 802 OR, JANGGEN/BECKER, Berner Kommentar zum Rechte der GmbH, N.22 zu Art. 802 OR, KAUFMANN, 63, s.a. KLUK, 426, KONIETZKO, 159 ff., WIELAND, 761/62, inkl. N.18: Auch die rein formale Erwägung, dass die Fortdauer eines einmal begründeten Zustands vermutet werde, vermöge es nicht zu rechtfertigen, die Beweislast in der vorliegenden Situation den Gläubigern aufzuerlegen.

lassen.¹⁶⁸ Allerdings dürfen an die Glaubhaftmachung seitens der Gläubiger diesfalls noch geringere Anforderungen gestellt werden, da für die Bestimmung des Umfangs der wieder auflebenden Haftung insbesondere¹⁶⁹ differenzierte Kenntnisse sämtlicher den Geschäftsgang und das Kapitalkonto des Kommanditärs berührenden Ereignisse vorausgesetzt sind.¹⁷⁰ Der gute Glaube des Kommanditärs (Art. 611 II OR) anlässlich der Bezüge wird andererseits aufgrund von Art. 3 I ZGB vermutet;¹⁷¹ Voraussetzung ist allerdings das Vorliegen einer ordnungsmässigen Bilanz.¹⁷² Falls der Gläubiger hingegen Umstände darzulegen vermag, die den guten Glauben in Zweifel ziehen, einen Mangel an der erforderlichen Aufmerksamkeit also (Art. 3 II ZGB), wird es (wiederum) am Kommanditär liegen, auch seine Gutgläubigkeit unter Beweis zu stellen.¹⁷³

2.4.3.1.3 Einrede der Verrechnung mit einer Forderung gegen die Gesellschaft

Von den übrigen persönlichen Einreden, welche dem Kommanditär theoretisch ebenfalls der ganzen Gläubigerschaft gegenüber zustehen, bietet die Verrechnungseinrede am meisten Schwierigkeiten und Ungereimtheiten.¹⁷⁴

Umstritten ist in diesem Zusammenhang die Verrechnungsmöglichkeit seitens des Kommanditärs gegenüber einem ihn belangenden Gesell-

¹⁶⁸ Vgl. dazu vorst. VIII 4.2. Vgl. auch HARTMANN, N.9 zu Art. 611 OR; SIEGWART, N.27 zu Art. 610/12 OR; BGE 27 II 38.

¹⁶⁹ Vgl. vorst. VIII 4.2.2 samt Rechnungsbeispielen.

¹⁷⁰ Zu Recht wurde daher die «ordnungsmässige Bilanz» in den Entwürfen auch grundsätzlich, nicht nur im Zusammenhang mit dem guten Glauben des Kommanditärs erwähnt, vgl. E I Art. 615 I, E II Art. 628 I, E III Art. 611 I.

¹⁷¹ Vgl. hiezu EGGER, Zürcher Kommentar zu den Einleitungsartikeln des ZGB, N.11 zu Art. 3 ZGB.

¹⁷² Art. 610 II OR, vgl. HARTMANN, N.32 zu Art. 611 OR; BGE 45 II 540; vgl. vorst. § 3, IV 1.4. Die Tatsache allein, dass eine ordnungsmässige Bilanz vorlag, welche einen Verlust auswies, vermag den guten Glauben m.E. – entgegen BGE 27 II 38 – noch nicht a priori auszuschliessen, da nicht der Geschäftsverlust an sich, sondern die Verminderung des Kapitalanteils massgebend ist, vgl. vorst. VIII 4.2.1.

¹⁷³ Vgl. HARTMANN, N.9 zu Art. 611 OR; offengelassen in BGE 27 II 38, 27 II 577. Dasselbst hat das BGer. den guten Glauben u.a. aufgrund einer noch kurz vor Konkursausbruch über die Gesellschaft eingegangenen Bürgschaft als gegeben anerkannt. – Gem. SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 30 zu § 172 HGB, ist der Kommanditist für seinen guten Glauben grundsätzlich beweispflichtig, gl.A. FURRER, 248.

¹⁷⁴ Z.T. auch, weil sie nicht deutlich genug von der nachst. (Ziff. 2.4.3.2.2) behandelten Verrechnungseinrede gegenüber einzelnen Gläubigern unterschieden wird.

schaftsgläubiger, bzw. Liquidator oder Konkursverwaltung,¹⁷⁵ mit einer ihm gegenüber der Gesellschaft zustehenden Forderung.¹⁷⁶

Die ablehnende Haltung SIEGWARTS¹⁷⁷ ist, soweit sie sich auf eine entsprechende Verweigerung der Einrede gegen einen Kollektivgesellschaftler wegen mangelnder Gegenseitigkeit der Forderungen stützt, nicht schlüssig. Denn fraglich ist m.E., ob die betreffende Einrede dem Kommanditär allenfalls aufgrund des spezifischen Nexus zwischen beschränkter¹⁷⁸ Haftung und Einlage gewährt werden könnte. Eine zumindest gewisse Gegenseitigkeit zwischen der Forderung des Gesellschaftsgläubigers auf Einwerfung der Haftsumme in die Masse der Gesellschaft – gegenüber welcher der Kommanditär sich grundsätzlich unter Hinweis auf eine entsprechende Leistung der Einlage ins Gesellschaftsvermögen befreien kann – und der Forderung des Kommanditärs gegenüber der Gesellschaft (z.B. aus Darlehen, Mietvertrag) kann hier nicht übersehen werden.¹⁷⁹ Entscheidend ist, dass der Kommanditär mit Hilfe einer aussergesellschaftlichen Forderung gegen die Gesellschaft während der Dauer der letzteren ohne weiteres verrechnungsweise eine vollständige oder teilweise Tilgung seiner Einlagepflicht zu erlangen vermag. Diese Verrechnung ist, wie jede Leistung der Einlage,¹⁸⁰ in der Folge grund-

¹⁷⁵ Wie immer als Vertreter der Gläubigerschaft. Der Gesellschaft steht nach Auflösung weder ein Forderungs- noch ein Verrechnungsrecht gegenüber dem Kommanditär zu, auch nicht im Rahmen der überschüssenden Einlage, vgl. dazu vorst. Ziff. 1.2, 2.1, sowie § 1, VI 2.1 und 2.2.

¹⁷⁶ Vgl. VON STEIGER, 638, inkl. N.38; bejaht z.B. VON FUNK, N.2 zu Art. 610 OR, JAEGER, N.19 zu Art. 213 SchKG, so schon ZETLER (im Konkursfälle), N.9 zu Art. 603 aOR; bejaht auch vom Berner Appellations- und Kassationshof in SJZ 6(1909/10)114 ff.(33), (zur Begründung vgl. Fn.185 nachst.), s.a. Z.BJV 40(1904)98, BGE 35 II 691. Offengelassen in BGE 42 III 134, s.a. 494 f., zumindest keinen Anstoss genommen daran in BGE 45 II 540, bejaht für das deutsche Recht von SCHILLING, Anm. 40 zu § 171 HGB, und zwar gegenüber dem Anspruch der Konkursverwaltung auf Leistung der Haftsumme, s.a. GURSKY, 1261, 2.Sp.; verneint von FURRER, 240, sowie von KEUK, 433 f.

¹⁷⁷ N.36 und N.41 zu Art. 610/12, s.a. N.5 zu Art. 616 OR, gl. BREITENBACH, 67, BISCHOFF, 65 f.

¹⁷⁸ Bei Vorliegen einer unbeschränkten Haftung des Kommanditärs fehlt jegliche Gegenseitigkeit, da der Gläubiger diesfalls ja wie gegenüber einem Komplementär und Kollektivgesellschaftler – Leistung nur an sich selbst verlangen kann.

¹⁷⁹ So auch VON STEIGER, 638 N.38; ähnlich BGE 35 II 692, vor allem FURRER, 239/40, schon für aOR bezüglich Konkurs, bejaht auch in SJZ 6(1909/10)115 (vgl. dazu noch Fn.185 nachst.); für Zulässigkeit der Einrede gegenüber der Konkursverwaltung aus diesem Konnex heraus offenbar auch BAUMBACH/DUDEN, Anm. 3B zu § 171 HGB, ähnlich offenbar grundsätzlich SCHMIDT, 160, bejaht auch von LEVEN, 101, für das deutsche Recht, jedoch aus ganz anderen, nicht auf das schweiz. Recht übertragbaren Gründen; a.A. HASEMEYER, 65.

¹⁸⁰ Dass die Gesellschaft nach schweiz. Recht ihrerseits keinen Anspruch mehr auf die

sätzlich – Rückbezüge sowie sonstige Rückerstattungen vorbehalten – geeignet, dem Kommanditär die Einrede der Haftungsbefreiung zu verschaffen. Die letztere Einrede aber steht dem Kommanditär unbestrittenmassen gegenüber der gesamten Gläubigerschaft zu.¹⁸¹ Es darf nun m.E. nicht vom Zeitpunkt der Geltendmachung dieser Verrechnungseinrede abhängen,¹⁸² ob sie dem Kommanditär eine Befreiung von der Haftung verschafft.¹⁸³ Der Zeitpunkt der Geltendmachung der Haftung durch die Gläubiger, die Liquidatoren oder die Konkursverwaltung ist vielmehr lediglich der letztmögliche für die Anbringung der betreffenden Einrede. Insoweit stellt sich die Einrede der Verrechnung des Kommanditars mit einer Forderung gegenüber der Gesellschaft¹⁸⁴ nach Auflösung derselben zusammengefasst als eine durchaus legitime Unterart der Einrede der Haftungsbefreiung dar.¹⁸⁵ Sie tangiert den Grundsatz der gleichmässigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger keineswegs und ist im übrigen m.E. unter dem üblichen Vorbehalt zulässig, dass die Forderung

Einlage hat, sollte der Lösung nicht im Wege stehen, denn an sich geht es um eine «Verrechnungseinrede auf die Haftung», vgl. in diesem Sinne SCHMIDT, 162.

¹⁸¹ Vgl. vorst. Ziff. 2.4.3.1.2.

¹⁸² Ähnlich HARTMANN, N.28 zu Art. 610 OR. – Allerdings muss die Forderung selbst vor der Konkurseröffnung – bzw. Liquidationsbeginn – entstanden sein, vgl. Art. 213 II Ziff. 1 SchKG, BLUMENSTEIN, Handbuch, 646, ZBJV 40(1904)98. Gem. HARTMANN, a.a.O., ist Verrechnung sogar zugelassen, wenn der Kommanditär die betreffende Forderung im Konkurs bereits angemeldet hat. Vgl. BGE 35 II 691, SJZ 6(1909/10)114 (33) und 322 (84), ZBJV 46(1910)/193, offen gelassen in BGE 42 III 134.

¹⁸³ Das in Art. 213 IV SchKG festgelegte Verrechnungsverbot im Konkurs betr. die AG (und die Genossenschaft) hängt mit dem Schutz des Grundkapitals zusammen (vgl. z. B. FRITZSCHE, 73, BLUMENSTEIN, Handbuch, 648) und ist als Ausnahmebestimmung auf die KG nicht anwendbar, vgl. auch HARTMANN, a.a.O., SCHENKEL, 253; BGE 35 II 691 f., SJZ 6(1909/10)116. – Offen bleibt dem Gläubiger die Anfechtung der Verrechnung aufgrund von Art. 214 I SchKG, einem Spezialfall der allgemeinen Anfechtungsklage (Art. 285 ff. SchKG), vgl. dazu auch BLUMENSTEIN, Handbuch, 649; s.a. BGE 42 III 494.

¹⁸⁴ Und zwar grundsätzlich zum Nennwert, ohne Berücksichtigung einer allfälligen Einbusse im Konkursverfahren, so auch SCHMIDT, 159 f., KONIETZKO, 136. Für eine grundsätzliche Berücksichtigung der Forderung des Kommanditars zum Nennwert scheinbar auch das BGer. in BGE 42 III 495 (anders im Rahmen der Anfechtungsklage, BGE, a.a.O.), SCHENKEL, 253, unpublizierte BGE vom 29. Nov. 1916 in Sachen P.M. gegen P.&Cie. – Zur Möglichkeit der Konkursverwaltung zu bestreiten, dass der Nennwert dem wahren Wert der Forderung entspreche vgl. vorst. VIII 2, bei Fn. 41 ff.

¹⁸⁵ Gl.A., abweichend aber ebenfalls bedenkenswert (u.a. wegen der vereinfacht darzulegenden Gegenseitigkeit, vgl. Art. 213 I SchKG) die Begründung des Berner Appellations- und Kassationshofes in SJZ 6(1909/10)115, wonach «die Kommandite [i.S. der Kommanditsumme – die Verf.] den Charakter eines dem Beschlagsrecht der Gläubiger unterliegenden, auf dem Kommanditvertrage beruhenden Guthabens der KG an sich trägt» – unabhängig von allfällig abweichenden internen Vereinbarungen betr. Kommanditeinlagepflicht. Ähnlich, aber weniger differenziert BGE 35 II 691.

des Kommanditärs dem Gesellschaftsvermögen, nunmehr der Liquidations- oder Konkursmasse, einen tatsächlichen Wert zuführe.¹⁸⁶

Haftet der Kommanditär nur noch einem Teil der Gläubiger, weil er früher ausgeschieden ist, hat der Konkursverwalter dafür zu sorgen, dass sich die Verrechnungseinrede des Kommanditärs, basierend auf seiner Abfindungsforderung,¹⁸⁷ nur diesem Teil gegenüber auswirkt. Das heisst den «Ertrag der Verrechnung» darf der Konkursverwalter nur denjenigen Gläubigern zugutekommen lassen, denen der Kommanditär noch haftete.¹⁸⁸

2.4.3.2 Einreden gegenüber einzelnen Gläubigern

2.4.3.2.1 Allgemeines

Da der Kommanditär dem Gesellschaftsgläubiger als solchem nur im Haftungsnexus gegenübersteht, ist – neben den vorerwähnten Einreden der Haftungsbefreiung, der Verjährung der Haftung und des Haftungsüberschusses, welche sich gegenüber allen Gläubigern gleichermassen auswirken¹⁸⁹ – als Einrede gegenüber einem einzelnen Gläubiger z.B. die mit diesem vereinbarte Enthaftung bzw. die Berufung auf einseitige Entlassung aus der Haftung¹⁹⁰ denkbar.¹⁹¹ Einem befugtermassen einzeln vorgehenden Gesellschaftsgläubiger können diese Einreden jedenfalls entgegengehalten werden.¹⁹² Meines Erachtens muss die Geltendmachung indes auch gegenüber der Konkursverwaltung bzw. gegenüber den Liquidatoren möglich sein.¹⁹³ Denn das Vorbringen dieser beiden Einreden liegt im Interesse der übrigen Gläubiger, da der betroffene Gläubiger

¹⁸⁶ Vgl. vorst. Ziff. 2.4.3.1.2, VIII 2, s.a. HARTMANN, N.15 zu Art. 608 OR. Zur Anfechtung der Verrechnungseinrede aus diesem Grunde durch die Konkursverwaltung vgl. auch JAEGER, N.19 zu Art. 213 SchKG.

¹⁸⁷ Zum Zusammenhang s.a. WIKI, 51, N.135.

¹⁸⁸ Vgl. auch SCHMIDT, 162, s.a. 74, 76. Damit entfällt auch das auf solche Fälle gegründete Gegenargument von SIEGWART, N.36 zu Art. 610/12 OR, übernommen durch BISCHOFF, 139 f.

¹⁸⁹ Vgl. vorst. Ziff. 2.4.3.1.1.

¹⁹⁰ Dazu vorst. VII 2.1.3.

¹⁹¹ Gem. WIELAND, 760, inkl. Anm. 14, kann der Kommanditist Sonderabreden generell geltend machen. – Grundsätzlich gegen die Zulässigkeit persönlicher Einreden des Kommanditärs hingegen HARTMANN, N.29 zu Art. 610 OR – anders betr. Kollektivgesellschaftler und Komplementär, vgl. N.16 zu Art. 562, N.31 zu Art. 568 OR; gl. betr. die letztere Gesellschafterkategorie SIEGWART, N.23 zu Art. 568/ 69 OR, VON STEIGER, 544, VON WYSS, 83 f., WIKI, 79.

¹⁹² Vgl. VON STEIGER, 639.

¹⁹³ Das BGer. hat sie denn auch im gründlichen BGE 29 II 660 f. ausdrücklich zugelassen.

dadurch völlig aus dem Kreis der Haftungsberechtigten fällt und das Haftungssubstrat nun den übrigen allein zur Verfügung steht.¹⁹⁴ Die genannten Einreden sind für den Kommanditär seinerseits vor allem dann von Interesse, wenn sie ihm gegen einen der Hauptgläubiger zustehen, denn diesfalls kann er sich unter Umständen dagegen zur Wehr setzen, dass die ganze (restliche) Kommanditsumme eingefordert werde.¹⁹⁵ Sowohl die Vereinbarung der Enthftung als auch die einseitige Entlassung aus der Haftung sind als rechtsaufhebende Tatsachen vom Kommanditär zu beweisen.¹⁹⁶

In Frage kommt des weiteren die Einrede des Kommanditärs gegenüber einem Gläubiger, dass dieser die intern vereinbarte, niedrigere -gegenüber der versehentlich höher eingetragenen - Kommanditsumme gekannt habe, also nicht gutgläubig gewesen sei.¹⁹⁷ Auch das Vorbringen einer solchen Einrede kommt dem Grundsatz der gleichmässigen Befriedigung der Gläubiger entgegen, indem sich dadurch das Haftungssubstrat für die übrigen Gläubiger anteilmässig erhöht. Akzeptiert werden muss schliesslich - wiederum auch von der Konkursverwaltung oder von den Liquidatoren - die Einrede, dass bestimmte Schulden erst nach dem Ausscheiden entstanden seien und demnach nicht auf den Separatkollokationsplan gehörten,¹⁹⁸ bzw. dass die Kommanditsumme zur Befriedigung der Altgläubiger nicht benötigt werde.¹⁹⁹

Allen diesen Einreden ist - wie immer wieder angetönt - gemeinsam, dass sie die gleichmässige Befriedigung sämtlicher Gläubiger nicht nur nicht hindern, sondern sogar fördern. Von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit persönlicher Einreden des Kommanditärs gegenüber einzelnen Gläubigern²⁰⁰ kann daher²⁰¹ m.E. nicht die Rede sein. Aber auch eine Beschränkung dieser Einreden auf einzeln vorgehende Gläubiger,²⁰² bzw. auf den Überschuss, d.h. die Differenz zwischen dem Total der restlichen Forderungen und dem Betrag der Kommanditsumme,²⁰³ ist abzulehnen.

¹⁹⁴ Vgl. dazu noch nachst. Ziff. 2.4.3.2.2 (a.E.).

¹⁹⁵ Bzw. stehen ihm im Rahmen des Überschusses zusätzliche Einreden zu, vgl. vorst. Ziff. 2.4.3.1.1 (a.E.).

¹⁹⁶ Vgl. WALDER, 329 f.

¹⁹⁷ Vgl. vorst. VI bei Fn.56.

¹⁹⁸ Vgl. BGE 60 III 13 f., und zwar unabhängig von der Rechtskraft des letzteren.

¹⁹⁹ Vgl. statt vieler KORNBLUM, 243.

²⁰⁰ So z.B. HARTMANN, vgl. Fn.191 vorst.

²⁰¹ Auch ausserhalb des Abtretungsprozesses aufgrund von Art. 260 SchKG, dazu noch nachst. Ziff. 2.4.3.2.2.

²⁰² So VON STEIGER, 638.

²⁰³ So SIEGWART, N.37 zu Art. 610/12 OR.

2.4.3.2.2 Einrede der Verrechnung

Abgesehen von den erwähnten Einreden auf der Haftungsebene ist eine persönliche Einrede nur bei einem zusätzlichen direkten Vertragsverhältnis zwischen dem Kommanditär und dem Gesellschaftsgläubiger denkbar, dann nämlich, wenn der Gesellschaftsgläubiger gleichzeitig privater, aussergesellschaftlicher Schuldner²⁰⁴ des Kommanditars ist. In diesem Zusammenhang könnte einzig die Einrede der Verrechnung auf beiden Ebenen spielen. Unter dem – selbstverständlichen – Vorbehalt der Belangbarkeit ist sie in Art. 573 III OR sowohl zugunsten als auch zulasten des Kollektivgesellschafters und Komplementärs gewährt.

Für den Kommanditär stellt Art. 614 I OR eine abweichende Regel auf. Dem Wortlaut nach kann der Gesellschaftsgläubiger, der gleichzeitig Privatschuldner des Kommanditars ist, die Verrechnung²⁰⁵ grundsätzlich nicht beanspruchen, es sei denn, der Kommanditär hafte unbeschränkt; zu ergänzen ist: und sei belangbar.²⁰⁶ Bei unbeschränkter Haftung des Kommanditars sowie bei Betrachtung vom Gesellschaftsgläubiger her entspricht diese Lösung somit derjenigen von Art. 573 III OR (1. Satzteil²⁰⁷) für den Kollektivgesellschafter und Komplementär.

Was gilt für den Kommanditär als Belangtem? Wörtlich genommen, regelt Art. 614 I OR diesen Fall nicht. Somit wäre, gemäss Absatz 2 des erwähnten Artikels, auf Art. 573 III OR (2. Satzteil²⁰⁸) zurückzugreifen und demnach die Verrechnungseinrede zugunsten des – beschränkt haftenden – Kommanditars (in der Beklagtenrolle) zuzulassen. Eine solche Lösung ist indes nicht akzeptabel.

Die Ratio von Art. 614 I OR liegt nahe. Der Gesellschaftsgläubiger soll sich – auch wenn er gleichzeitig Privatschuldner des Kommanditars ist – keinesfalls vorweg aus der Haftsumme befriedigen können. Die Geltendmachung einer Verrechnungseinrede seitens des belangten Gläubigers aber würde eine indirekte Beanspruchung des Haftungsbetrages zu seinen eigenen Gunsten, zulasten der übrigen Gesellschaftsgläubiger bedeuten, denen gegenüber sich der Kommanditär anschliessend im entsprechenden

²⁰⁴ Ist der Gesellschaftsschuldner gleichzeitig Privatgläubiger des Kommanditars, ist Verrechnung sowohl zugunsten als auch zulasten des Kommanditars ausgeschlossen, da die Forderungen der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinsam zustehen. Vgl. Art. 573 I und II OR, anwendbar auch für den Kommanditär aufgrund von Art. 614 II OR, vgl. dazu HARTMANN, N.2 zu Art. 614, N.1 zu Art. 573 OR.

²⁰⁵ Nach Auflösung der Gesellschaft, s.a. nachst. Fn.214.

²⁰⁶ Vgl. HARTMANN, N.5 zu Art. 614 OR, s.a. Art. 573 III OR a.E.

²⁰⁷ Bis: «...sowohl zugunsten des Gesellschaftsgläubigers...».

²⁰⁸ «...als auch des Gesellschafters...».

Umfange auf Haftungsbefreiung berufen könnte. Dadurch wäre der Grundsatz der gleichmässigen Befriedigung der Gläubiger gefährdet.²⁰⁹ Dazu hält FURRER²¹⁰ ausgezeichnet fest: «Durch solche Tilgung einer Gesellschaftsschuld wird,... die Kommanditsumme verbraucht,²¹¹ und zwar würde so nur ein einzelner Gesellschaftsgläubiger an der Leistung des Kommanditärs teilnehmen...». Das Gesetz wolle aber «verhältnismässige Einweisung aller Gesellschaftsgläubiger in die Kommanditsumme, soweit sie noch nicht eingeworfen oder wieder zurückgezogen ist.»²¹²

Der Grundsatz der gleichmässigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger ist indes ebenso in Gefahr, wenn die Verrechnung von seiten des Kommanditärs ausgesprochen werden darf.²¹³

Entsprechend der im Rahmen der Revision konsequent ausgestalteten beschränkten Haftung des Kommanditärs, wonach ihn die Gläubiger nach Auflösung der Gesellschaft²¹⁴ nur noch auf Einwerfung der Haftsumme in die Masse (das ehemalige Gesellschaftsvermögen) belangen dürfen, kann sich der Kommanditär seinerseits auch nur noch durch eine solche Leistung befreien. Jegliche Form der Tilgung einer Gesellschaftsschuld, inklusive Verrechnung also mit einer ihm gegenüber einem Gesellschaftsgläubi-

²⁰⁹ Allerdings wiederum dann und insoweit nicht, als die Forderungen der übrigen Gesellschaftsgläubiger den Betrag der (Rest-) Haftsumme nicht erreichen, vgl. vorst. Ziff. 2.4.3.2.1 (a.E.), vgl. SIEGWART, N.1 zu Art. 614, N.37 und N.41 zu Art. 610/12 OR, denn diesfalls wird die gleichmässige Befriedigung der übrigen Gläubiger ja nicht verhindert. Es geht hier um einen Haftungsüberschuss i.S. des nicht erforderlichen Haftungssubstrates, nicht um die überschüssende Einlage i.S. des Überschusses der Kommanditeinlage über die Kommanditsumme, in welchem Rahmen SIEGWART, N.36 zu Art. 610/12 und N.3 und N.5 zu Art. 616 OR, die Verrechnungseinrede zum Zuge kommen lassen will – entgegen hier vertretener Ansicht, vgl. vorst. § 1, VI 2.1 und 2.2, bei Fn.331.

²¹⁰ S.132.

²¹¹ Zumindest eventuell, die Verf.

²¹² Nach aOR Art. 603 III nur im Konkursfalle, vgl. FURRER, 131.

²¹³ Und zwar auch gegenüber einzeln vorgehenden Gläubigern (mit Ausnahme allenfalls der Abtretungsgläubiger – Art. 260 SchKG – dazu nachst. im Text). Zu global daher m.E. VON STEIGER, 639; wie hier FURRER, 132 (allerdings nur für den Konkursfall, da nach aOR Art. 603 II der Grundsatz der gleichmässigen Befriedigung im Liquidationsfalle noch nicht galt). – Gl. im deutschen Recht nach Konkurseröffnung über die Gesellschaft, vgl. SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 34 zu § 171 HGB, SCHILLING, Anm. 40 zu § 171 HGB, s.a. LEVEN, 97, allerdings mit einer Begründung, die für das schweiz. Recht nicht übernommen werden kann, s.a. HASEMEYER, 59; anders während verbender und liquidierender Gesellschaft, vgl. statt vieler SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 9 zu § 171 HGB, SCHMIDT, 126.

²¹⁴ Eine Belangung des Kommanditärs während der Dauer der Gesellschaft ist dem Gläubiger jedenfalls verwehrt, vgl. dazu vorst. Ziff. 1.1.

ger zustehenden Forderung,²¹⁵ ist dem Kommanditär somit ab Auflösung der Gesellschaft²¹⁶ grundsätzlich verwehrt,²¹⁷ weil eben – bzw. insoweit²¹⁸ – dadurch die gleichmässige Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger verhindert würde.²¹⁹ Anders gewendet sind die Gesellschaftsgläubiger im Rahmen der beschränkten Haftung des Kommanditars miteinander eng verhängt. Sobald hingegen der Kommanditär unbeschränkt haftet,²²⁰ entfällt die spezifische Bindung und kann jeder Gläubiger – wie gegenüber einem Kollektivgesellschafter oder Komplementär – Leistung an sich verlangen, der Kommanditär insbesondere Leistung an den einzelnen erbringen, und daher auch seine Verrechnungseinrede ohne weiteres geltend machen.²²¹ Erst dann liegt im übrigen die für die Verrechnung typische und notwendige Gegenseitigkeit vor, die im Falle der Verrechnung des beschränkt haftenden Kommanditars gegenüber einem einzelnen Gesellschaftsgläubiger fehlt.²²²

²¹⁵ Vgl. z. B. KORNBLUM, 243. – Zur Ausnahme der Verrechnung mit einer dem Kommanditär gegenüber der *Gesellschaft* zustehenden Forderung, die die gleichmässige Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht tangiert, vgl. vorst. Ziff. 2.4.3.1.3.

²¹⁶ Zur Möglichkeit der freiwilligen Tilgung von Gesellschaftsschulden durch Bezahlung, ev. Verrechnung während der Dauer der Gesellschaft, vgl. vorst. VIII 3.2. Die unterschiedliche Behandlung der Verrechnungseinrede während der Dauer und nach Auflösung der Gesellschaft ist allenfalls insofern gerechtfertigt, als im ersten Falle das Gesellschaftsvermögen als ganzes um eine Gesellschaftsschuld «leichter» wird. Während der Dauer der Gesellschaft ist noch alles im Fluss. Weder die definitive Anzahl der Gesellschaftsgläubiger noch der Umfang derer Forderungen ist bestimmt; ein Wachsen und Schwinden von Schulden sowie des Umfangs der Haftung des Kommanditars an sich ist noch ganz allgemein gegeben (vgl. das vorst. VIII 1 verwendete Bild der Brücke).

²¹⁷ Vgl. HARTMANN, N.29 zu Art. 610, N.1 zu Art. 614 OR, SIEGWART, N.17 zu Art. 610/12 OR.

²¹⁸ Vgl. Fn.209 vorst.

²¹⁹ Vgl. auch HARTMANN, a.a.O., FURRER, 132.

²²⁰ Vgl. nachst. § 13.

²²¹ Vgl. Art. 614 I OR, analog ergänzt, vgl. nachst. im Text, bzw. Art. 614 II i.V. mit Art. 573 III OR, 2. Satzteil, HARTMANN, N.1 und N.2 zu Art. 614 OR. – Dasselbe gilt umgekehrt für den Gesellschaftsgläubiger gem. ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (Art. 614 I OR) auch. Vgl. dazu bereits vorst. im Text.

²²² Vgl. SIEGWART, N.1 zu Art. 614 OR.

Art. 614 I OR enthält *zusammengefasst* eine unechte Lücke.²²³ Sie ist m.E. im obgenannten Sinne, d.h. in Vervollkommenung der Symmetrie auszufüllen;²²⁴ d.h. auch die Möglichkeit des *Kommanditärs*, eine *Verrechnungseinrede* gegenüber einem einzelnen Gesellschaftsgläubiger zu erheben, ist²²⁵ auf die Fälle zu begrenzen, in denen er *unbeschränkt* haftet.²²⁶

Eine weitere Ausnahme bliebe m.E. zu prüfen, nämlich die Möglichkeit einer Verrechnungseinrede – des beschränkt haftenden Kommanditärs – gegenüber einem, aufgrund von Art. 260 SchKG einzeln vorgehenden Abtretungsgläubiger.²²⁷ Die einschlägige Literatur und Judikatur, welche, soweit ersichtlich, eine Gewährung von persönlichen Einreden im Zusammenhang mit Art. 260 SchKG überwiegend ablehnt,²²⁸ ist insofern nicht schlüssig, als sich diese Ablehnung durchwegs auf das Auseinanderfallen der Legitimation von *Konkursmasse* (welche die *Gesellschaft* vertrete) und Abtretungsgläubiger bezieht. Genau dieses Argument entfällt vorliegend, da die Konkursverwaltung dem Kommanditär gegenüber – wie dargelegt, ausnahmweise –²²⁹ in Vertretung der *Gläubiger* tätig wird. Darüber

²²³ Das Gesetz bietet an sich eine Antwort an, jedoch ist diese unbefriedigend, die Lösung stimmt mit den grundlegenden Wertungen und Zweckregelungen nicht überein. Vgl. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zu den Einleitungsartikeln des ZGB, N.271 ff. zu Art. 1 ZGB, BGE 74 II 121, ZR 72(1973)31. – Art. 614 II OR: «*Im übrigen...*» samt seinem Verweis auf Art. 573 OR betrifft positiv gewendet vorweg den Komplementär, so auch StenBullStR 1931/165 und 166, darüber hinaus den Kommanditär mit unbeschränkter Haftung (insoweit gilt auch Abs. 3 von Art. 573 OR, vgl. hierfür HOFFMANN, Ber.II, 24, ProtExpKomm, 139 ff.), schliesslich den Kommanditär im Verhältnis zu seinen *Privatgläubigern* (Art. 573 I und II OR), s. vorst. Fn.204.

²²⁴ Vgl. nachst. den Vorschlag de lege ferenda im Schlusswort. – Wie hier, ohne weiteres Eingehen auf die Unvollständigkeit des Gesetzestextes auch HARTMANN, N.1, N.2 und N.5 zu Art. 614 OR, SIEGWART, N.1 zu Art. 614 OR, ProtExpKomm, 139 f., StenBullStR, a.a.O. – Nach aOR Art. 607 II und Art. 603 II war nur ein direktes Klagerecht der Gläubiger vorausgesetzt, welches ihnen nach damaligem Recht im Falle der Liquidation noch zustand. Wie hier, für den Konkursfall, bereits FURRER, 132, (vgl. Fn.213 vorst.). – Gleicherweise ist die Möglichkeit der Verrechnungseinrede auch gegenüber einem Kommanditär, der als Solidarbürge über den Betrag der Kommanditsumme hinaus haftet, zuzugestehen, vgl. HARTMANN, N.5 zu Art. 614 OR.

²²⁵ Abgesehen von den Fällen, wo ein Haftungsüberschuss besteht, dazu vorst. Fn.209, sowie erneut SIEGWART, N.37 zu Art. 610/12 OR.

²²⁶ Dies, obwohl bei einem wenig solventen, unbeschränkt haftenden Kommanditär, aber auch Komplementär oder Kollektivgesellschafter, der Wettlauf der Gläubiger ebenfalls seine ungerechten Folgen haben kann. Vgl. immerhin die unbegrenzte und unproblematische Möglichkeit zur Ausstellung von Verlustscheinen.

²²⁷ Vgl. dazu bereits kurz vorst. Ziff. 2.1, insbes. Fn.64.

²²⁸ Vgl. FLACHSMANN, 19, JAEGER, N.3g zu Art. 260 SchKG, JAEGER/DAENIKER, N.3 zu Art. 260 SchKG, BLUMENSTEIN, Handbuch, 807; BGE 106 II 145, unter Verweis auf BGE 95 I 318 Erw.2, 87 II 172 Erw.1; a.A. BGE 41 III 146 Erw.2, 72 II 361 Erw.3.

²²⁹ Vgl. z.B. Ziff. 2.1 vorst.

hinaus und insbesondere entfällt der spezifisch einer persönlichen Verrechnungseinrede²³⁰ entgegenstehende Grund der gleichmässigen Gläubigerbefriedigung.²³¹ Denn wie sich aus Gesetz und Verordnung²³² ergibt und allgemein anerkannt ist,²³³ wird der allenfalls obsiegende Abtretungsgläubiger – direkt oder indirekt – vorweg aus dem Prozessergebnis befriedigt. Insofern verzichten die übrigen Gläubiger selbst durch ihre unerlässliche²³⁴ Zustimmung zur Abtretung der Prozessführungsbefugnis²³⁵ – samt entsprechenden Risiken – auf eine gleichmässige Befriedigung, und darf jedenfalls dieses Argument nicht zur Verweigerung einer Verrechnungseinrede des Kommanditärs gegenüber dem prozessführenden Gläubiger dienen.

²³⁰ Gegenüber einem einzelnen Gläubiger.

²³¹ Vgl. vorst. im Text.

²³² Art. 260 II SchKG, Art. 86 KOV.

²³³ Vgl. z.B. BLUMENSTEIN, Handbuch, 806, FRITZSCHE, 173, 175; s.a. Ziff. 3 des Formulars Nr.7 (Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse gem. Art. 260 SchKG).

²³⁴ Vgl. FRITZSCHE, 171, s.a. Abs. 1 von Art. 260 SchKG.

²³⁵ Dazu vorst. Fn.64, s.a. SJZ 34(1937/38)204.

§ 12 Ausnahme: Unbeschränkte Haftung des Kommanditärs

I. Allgemeines

Die unbeschränkte Haftung des Kommanditärs¹ gegenüber den Gesellschaftsgläubigern² unterscheidet sich von der beschränkten weder durch die Art noch durch den Inhalt der Haftungsschuld, sondern lediglich durch das Ausmass³ und, damit zusammenhängend, durch das Procedere der Geltendmachung. In letzterer Hinsicht gelten die Vorschriften der Komplementär- bzw. Kollektivgesellschafterhaftung.⁴

Beschränkte und unbeschränkte Haftung eines Kommanditärs können ohne weiteres – und werden auch häufig – nebeneinander bestehen. Diesfalls sind betreffend der einen Gesellschaftsschulden die Auswirkungen der beschränkten, betreffend der anderen diejenige der unbeschränkten Haftung anzuwenden. Insoweit sollten keinerlei spezielle Komplikationen entstehen. Schwierig ist es unter Umständen im Einzelfall, die Haftung bzw. die betreffende Schuld der einen oder anderen Haftungskategorie zuzuordnen.⁵

Wichtig ist zu wissen, unter welchen Voraussetzungen ein Kommanditär der für ihn untypischen unbeschränkten Haftung überhaupt unterliegen kann. Unerlässlich ist es aber auch sich zu vergegenwärtigen, dass, auch wenn einer dieser Fälle eintritt, der Kommanditär trotzdem Kommanditär bleibt, also *wie* ein Komplementär oder Kollektivgesellschafter

¹ Zur unbeschränkten Haftung des ehemaligen Kommanditärs als Geschäftsübernehmer oder alleinigem Fortsetzer des Geschäftes vgl. bereits kurz vorst. § 11, VII, Fn.143, s.a. WIKI, 83, N.20.

² Der Gesellschaft bzw. der Konkursmasse im Konkurs der Gesellschaft gegenüber kann der Kommanditär aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung unbeschränkt haften, vgl. HARTMANN, N.1 zu Art. 605, N.4 zu Art. 616 OR, so z.B. auch für die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Einlage, HARTMANN, N.6 zu Art. 598 OR.

³ Vgl. schon vorst. § 11, II.

⁴ Art. 604, Art. 568 II OR, vgl. dazu nachst. Ziff. III.

⁵ Vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 605/7 OR nachst.; s.a. SIEGWART, N.49 zu Art. 610/12 OR.

haftet, aber nicht etwa zu einem solchen Gesellschafter wird, d.h. gewissermassen die Gesellschafterkategorie wechselt.⁶

Dies bedeutet unter anderem, dass der Kommanditär nicht etwa das Recht zur Geschäftsführung und Vertretung erhält,⁷ sowie dass er grundsätzlich weiterhin der Betreibung auf Pfändung und nicht etwa automatisch der Konkursbetreibung unterliegt.⁸

II. Fälle der unbeschränkten Haftung

Alle drei im Gesetz erwähnten Ausnahmen von der beschränkten Haftung des Kommanditärs sind motiviert durch den Gläubigerschutz. Ob aus demselben Grund weitere Fälle denkbar oder gar zwingend sind, bleibt zu klären.

1. Art. 605 OR: Handlungen für die Gesellschaft

Art. 605 OR bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein Kommanditär, der selber im Namen der Gesellschaft⁹ handelt, über die eingetragene Kommanditsumme hinaus, bzw. unabhängig davon haftbar werden könne.

Der Kommanditär hat keinerlei organschaftliche Vertretungsbefugnis.¹⁰ Er darf aber aufgrund entsprechender Vollmachten, wie aus Art. 605 OR

⁶ Vgl. auch den Text in Art. 605/6 OR: «Gleich» einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter, «wie» ein unbeschränkt haftender Gesellschafter in Art. 607 OR, sowie statt vieler VON STEIGER, 629.

⁷ Vgl. HARTMANN, N.2 zu Art. 606 OR; a.A. BEYERLE, 4, 171 f.

⁸ So z.B. HARTMANN, N.2 zu Art. 605, N.6 zu Art. 602 OR.

⁹ U.U. kann der Wille zum Handeln für die Gesellschaft auch aus den Umständen hervorgehen, vgl. z.B. BGE 14/325. Zum Kommanditär als indirekter Stellvertreter mit Vollmacht vgl. SIEGWART, N.11 zu Art. 605, N.4 und N.14 zu Art. 543, N.1 und N.4 zu Art. 567 OR.

¹⁰ Zur Unterscheidung von der Vertretungsmacht vgl. SCHERER, 20 f., BUCHER, 52. – Wie hier auch LEHMANN/DIETZ, 204, für den Kommanditisten.

deutlich hervorgeht, als Prokurist¹¹ oder Handlungsbevollmächtigter¹² im Verkehr auftreten, wodurch ihm grundsätzlich ein recht weitreichender Spielraum gewährt sein kann.¹³ Eine Vollmacht kann unter Umständen auch durch Duldung eines entsprechenden Auftretens des Kommanditärs entstehen.¹⁴

Die Erteilung der Vollmacht bedarf der Zustimmung aller vertretungsberechtigten Komplementäre. Der Entzug der Vertretung kann durch jeden einzelnen¹⁵ erfolgen (Art. 566 OR). Ob dazu wichtige Gründe vorliegen müssen, ist umstritten.¹⁶ Allenfalls verbleiben dem Kommanditär Schadenersatzansprüche aufgrund von Art. 465 OR.

Schliesst der Kommanditär ein Rechtsgeschäft für die Gesellschaft aufgrund des Vorliegens einer solchen Vollmacht und im Rahmen derselben, d.h. als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter ab, so wird die Gesellschaft voll berechtigt und verpflichtet. Der Kommanditär haftet subsidiär. Eine andere Frage ist, ob seine Haftung diesfalls eine beschränkte oder eine unbeschränkte sei. Hier müssen die Interessen des Verkehrs mitberücksichtigt werden. Dieser darf grundsätzlich annehmen, dass ein nach aussen auftretender Gesellschafter als Organ der Gesellschaft, d.h. aus eigener Macht handle¹⁷ und damit unbeschränkt hafte. Das Gesetz bestimmt daher, dass sich der Kommanditär nur dann auf seine beschränkte Haftung mit der Kommanditsumme berufen könne, wenn er entweder seine Be-

¹¹ Über die Ausgestaltung der Prokura im einzelnen vgl. SIEGWART, N.3 zu Art. 605 OR; zur Frage des alleinigen Kommanditär-Prokuristen unter Ausschluss der Komplementäre s. BISCHOFF, 111 (bejahend), SIEGWART, N.6 und N.7 zu Art. 605 OR mit der Feststellung, dass die Mitgesellschafter ja zustimmen müssen und Dritte nur insofern mit den von den Gesellschaftern gewollten Wirkungen (der beschränkten Haftung) des Kommanditärs konfrontiert sind, als der Sachverhalt für sie erkennbar ist; a.A. RICHARD, 96 ff.

¹² Vgl. SCHERER, 50 f; BGE 70 I 29. Problematisch die darüber hinausgehende, eigentliche Vertretungsmacht, wenn der Kommanditär zusammen mit dem Komplementär Kollektivvertretung hatte, so SIEGWART, N.3 zu Art. 605 OR.

¹³ Vgl. Art. 458 f./462 OR, so auch BUCHER, 47; s. dazu auch BGE 70 I 29. Gleichgestellt ist gem. HARTMANN, N.25 zu Art. 619 OR, FURRER, 200, ein Kommanditär, der sich ausdrücklich als «Liquidator» zu erkennen gibt. Auch als solcher ist er übrigens im HReg. einzutragen, vgl. Art. 583 III OR.

¹⁴ Vgl. SIEGWART, N.10 zu Art. 605 OR, SCHERER, 20; zur Bedeutung des Rechtsscheins im Rahmen der Prokura s.a. BUCHER, 40.

¹⁵ Umgekehrt steht auch dem Kommanditär das Recht zum Entzug der Vertretung gegenüber den Komplementären zu, vgl. SCHERER, 101.

¹⁶ Dagegen VON STEIGER, 628 inkl. N.5, HARTMANN, N.12 zu Art. 603 OR, differenzierend SIEGWART, N.4 ff. zu Art. 605 OR.

¹⁷ Vgl. HARTMANN, N.4 zu Art. 605 OR.

vollmächtigung ausdrücklich kundgetan habe¹⁸ oder wenn der Dritte in Bezug auf seine unbeschränkte Haftung nicht gutgläubig war. Beides ist vom Kommanditär zu beweisen. Diese Ausführungen bedürfen jedoch noch einiger Präzisierungen.

Ist z.B. die ausdrückliche Kundgabe durch den Kommanditär selbst zwar erfolgt, aber ungenügend,¹⁹ so ist massgebend, ob die an sich vorliegende, blossе Bevollmächtigung – und damit die Tatsache, dass er nicht als Gesellschafter mit organschaftlicher Vertretungsbefugnis handelte, letztlich also das Fehlen einer unbeschränkten Haftung – für den Dritten deutlich erkennbar war.²⁰ Bereits hier spielt somit der gute bzw. böse Glaube²¹ des Dritten hinein und zwar auf der objektivierten Ebene, d.h. das Kennen ist dem Kennen-Müssen gleichgestellt, was dem Kommanditär die entsprechend vereinfachte Beweisführung ermöglicht. Es ist daher nicht einleuchtend, dass in Fällen, wo eine ausdrückliche, direkte Kundgabe seitens des Kommanditars ganz weggefallen ist, die Kundgabe aber indirekt durch Zirkulare, oder aber insbesondere bei der Prokura²² durch den Handelsregistereintrag samt Publikation bekannt gemacht wurde, ein Nachweis des konkreten Wissens des Dritten um die nicht-gesellschaftliche Vertretungsmacht und damit um das Fehlen einer unbeschränkten Haftung zwecks Ausschaltung der Gutgläubigkeit verlangt wird, bzw. umgekehrt der Nachweis des Wissen-Müssens nicht genügen soll.²³ Insbesondere stünde dies, wie VON STEIGER²⁴ m.E. zu Recht aus-

¹⁸ Art. 605 OR e contrario; diesfalls also unabhängig vom guten oder bösen Glauben des Dritten, so auch SIEGWART, N.8 zu Art. 605 OR. Wegen der u.U. schwerwiegenden Folgen einer mangelnden Kundgabe sollte der Kommanditär, wie REBSAMEN, 35, zu Recht empfiehlt, vom Handelsregisterführer auf diesen Sachverhalt aufmerksam gemacht werden.

¹⁹ Eine nicht leicht zu lösende Tatfrage, vgl. VON STEIGER, 629 N.8, SIEGWART, N.8 zu Art. 605 OR; juristisch genaue Ausdrücke sind jedenfalls nicht Voraussetzung, so HARTMANN, N.4 zu Art. 605 OR, SIEGWART, N.8 zu Art. 605 OR.

²⁰ So einhellig VON STEIGER a.a.O., HARTMANN, N.4 zu Art. 605 OR; ähnlich SIEGWART, N.8 zu Art. 605 OR.

²¹ Der gute/böse Glaube bezieht sich also nicht unbedingt auf die positive Tatsache, dass der handelnde Gesellschafter als Kommanditär beschränkt haftete, aber jedenfalls auf den negativen Umstand, dass er nicht unbeschränkt haftete.

²² Bzw. bei Eintragung als Liquidator, vgl. vorst. Fn.13 vgl. Art. 583 III OR.

²³ So GÜHL/MERZ/KUMMER, 6.A., 553, 7.A., 593, HARTMANN, N.4 zu Art. 605 OR, FUNK, N.2 zu Art. 605 OR, weniger ausgeprägt SIEGWART, N.9 zu Art. 605 OR. So schon ProtExpKomm, 126, gepriesen als «glückliche Mitte» zwischen der Formalwirkung des Registereintrages und der starren Regelung des aOR, welches die unbeschränkte Haftung bei mangelnder Kundgabe der Vollmacht ohne jegliche Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Dritten statuierte; dito StenBullStR 1931/164.

²⁴ S.629.

führt, beim Vorliegen einer im Handelsregister eingetragenen und publizierten Prokura im klaren Widerspruch mit der in Art. 933 I OR festgelegten positiven Publizitätswirkung. Es widerspricht dies aber auch dem in ZGB Art. 3 II festgehaltenen Grundsatz, gestützt auf welchen m.E. auch in den übrigen Fällen eine Abwägung zwischen den Interessen des Kommanditars und des Dritten in concreto stattzufinden hat.²⁵

Hat der Kommanditär seiner rein rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht keinen Ausdruck gegeben und ist der Dritte zudem gutgläubig in Bezug auf das Bestehen einer unbeschränkten Haftung, so haftet der Kommanditär, neben der Gesellschaft, unbeschränkt.²⁶ Dies gilt jedoch nur dem betreffenden Dritten gegenüber sowie lediglich in Bezug auf das in Frage stehende Geschäft.²⁷

Für jedes weitere Geschäft ist die Frage nach dem Ausmass der Haftung gesondert zu entscheiden. Ein wiederholtes Handeln in der beschriebenen Weise kann sich allerdings unter Umständen zugunsten der Gutgläubigkeit des Dritten auswirken.²⁸ Immer aber bleibt diese Ausnahme auf Fälle beschränkt, in denen der Kommanditär selbst gehandelt hat.²⁹

Hat der Kommanditär hingegen ohne Vorliegen einer entsprechenden Vollmacht oder in Überschreitung einer solchen – Fälle, die von Art. 605 OR nicht erfasst werden – im Namen der Gesellschaft gehandelt, wird er allein, primär und unbeschränkt haftbar.³⁰ Der Gesellschaft erwachsen allenfalls Rechte und Pflichten des Geschäftsherrn aus der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 540 II, Art. 422 OR). Genehmigt die Gesellschaft das Geschäft nachträglich, so wird sie daraus direkt berechtigt und verpflichtet und haftet ihrerseits primär, der Kommanditär subsidiär.

Uneinigkeit herrscht darüber, ob die Haftung des Kommanditars trotzdem weiterhin eine unbeschränkte bleibe oder ob sie zur beschränkten werde. M.E. trifft weder das eine noch das andere automatisch zu. Vielmehr ist der Fall ab Zeitpunkt der Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch die Gesellschaft wieder unter Art. 605 OR zu subsumieren, denn die

²⁵ So teilweise auch HARTMANN, N.4 zu Art. 605 OR.

²⁶ Das deutsche Recht kennt die «Prokuristenhaftung» nicht mehr. Im ADHGB war sie noch enthalten, vgl. nachst. Fn.99. Kritik an der früheren deutschen Regelung bei SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1154.

²⁷ So deutlich der Text von Art. 605 OR sowie die herrschende Lehre: vgl. z.B. VON STEIGER, 629, HARTMANN, N.4 zu Art. 605 OR, SIEGWART, N.10 zu Art. 605 OR, so auch BISCHOFF, 113.

²⁸ Vgl. VON STEIGER, 629, N.9, SIEGWART, N.10 zu Art. 605 OR.

²⁹ Und die Gesellschaft eingetragen ist; zur nicht eingetragenen Gesellschaft vgl. Art. 606 OR.

³⁰ S.a. ZBJV 77(1941)514.

Genehmigung ersetzt die anfänglich nicht vorhandene Vollmacht.³¹ Somit ist betreffend das Ausmass der Haftung, d.h. für die Frage, ob eine beschränkte oder unbeschränkte Haftung vorliege, wiederum auf die obbeschriebenen Kriterien bzw. auf das Auftreten des Kommanditärs und auf den guten Glauben der Gegenpartei abzustellen.³²

2. Art. 606 OR: Mangelnder Eintrag

Ohne sein Zutun haftet der Kommanditär grundsätzlich unbeschränkt, falls die Gesellschaft vor der Eintragung³³ in das Handelsregister samt entsprechender Publikation³⁴ im Verkehr aufgetreten ist. Diese, auch im § 176 I HGB enthaltene, unbeschränkte Haftung beschlägt vorab den vorzeitigen Geschäftsbeginn bei Neugründung, aber auch z.B. den Fall der Umwandlung einer KollG in eine KG. Sie beruht darauf, dass eine *kaufmännische* KG³⁵ durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages bereits entsteht und ihre Tätigkeit entfalten kann, dass aber andererseits die beschränkte Haftung des Kommanditärs erst durch den Eintrag der Gesellschaft und insbesondere der Kommanditsumme als Haftsumme im Handelsregister, zuzüglich der entsprechenden Publikation,³⁶ zum Tragen kommt. Denn der Eintrag ist diesbezüglich konstitutiv.³⁷ Art. 605 OR ist

³¹ Vgl. GUHL/MERZ/KÜMMER, 148.

³² Vgl. auch SIEGWART, N.2 zu Art. 605 OR, BISCHOFF, 110, gl.A. wohl VON STEIGER, 628, abweichend, d.h. jedenfalls unbeschränkte Haftung annehmend, offenbar HARTMANN, N.3 zu Art. 605 OR.

³³ Für eine nichtkaufmännische KG kann Art. 606 OR somit gar nicht Anwendung finden, da sie vor der Eintragung überhaupt nicht entstanden ist – vgl. Art. 595 OR, SIEGWART, N.1 zu Art. 606 OR, HARTMANN, N.1 zu Art. 606 OR – und also auch nicht als KG im Verkehr auftreten kann. Falls sie trotzdem auftritt, handelt es sich um eine einfache Gesellschaft mit entsprechender unbeschränkter Haftung aller Gesellschafter. – Zur Haftung der «Gründungs-» oder «Vorgesellschaft», s.a. KLAUSS/MITTELBACH, 55, Anm. 62.

³⁴ Vgl. nachst. Fn.36.

³⁵ Diese Unterscheidung entfällt nach deutschem Recht, da der «Betrieb eines Handelsgewerbes» gem. § 161 I HGB bereits Begriffsmerkmal einer KG ist, vgl. dazu KORNBLUM, 198, KLAUSS/MITTELBACH, 30, Anm. 10.

³⁶ Letzteres entgegen dem Wortlaut von Art. 606 und in Anwendung von Art. 932 II OR; s.a. HARTMANN, N.4 zu Art. 606 OR, SIEGWART, N.1 zu Art. 606 OR, Hs, N.124 zu Art. 932 OR, FURRER, 177.

³⁷ Vgl. vorst. § 11, VI 2, MEIER-HAYOZ/FORSIMOSER, § 10, N.41; BOHNENBERG, Anm. I zu § 176 HGB. Die bei Gelingen des Nachweises seiner Kenntnis der beschränkten Haftung gegenüber dem betreffenden Gläubiger entstehende entsprechende Haftung des Kommanditärs beruht lediglich auf einer exceptio doli – vgl. nachst. im Text, bei Fn.64, sowie vorst. § 11, VI 2, bei Fn.55.

Sonderbestimmung für eine Übergangszeit. Analog gilt die unbeschränkte Haftung gemäss herrschender Lehre auch für den neu in eine bestehende KG eingetretenen Kommanditär, und zwar für die Zeit zwischen seiner Beteiligung am Geschäftsbetrieb und der Eintragung, samt Veröffentlichung seines Eintritts.³⁸ Die unbeschränkte Haftung betrifft diesfalls jedoch nur die in dieser Zwischenzeit³⁹ – nicht also die vor seinem Eintritt – eingegangenen bzw. entstandenen⁴⁰ Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Für letztere haftet der Kommanditär lediglich beschränkt.⁴¹

Art. 606 OR dient ebenfalls dem Interesse der Dritten, für die unklar sein kann, ob eine KollG oder eine KG vorliege und zu deren Gunsten wiederum die Vermutung der unbeschränkten Haftung gilt. Gleichzeitig soll die Durchführung der Eintragung der kaufmännischen KG ins Handelsregister gemäss Art. 594 III OR gefördert werden.⁴² Auch bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 606 OR haftet der Kommanditär im übrigen nur *wie* ein Komplementär und erhält, wie bereits erwähnt, nicht etwa das Recht auf Geschäftsführung und Vertretung.⁴³

Ist die Eintragung und Veröffentlichung unterblieben, haftet der Kommanditär – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen von Art. 606 OR – unabhängig vom Grund der Unterlassung unbeschränkt. Auch ein allfälliges Versehen des Handelsregisterführers bzw. ein Versäumnis der Gesellschaft geht zu seinen Lasten.⁴⁴ Dasselbe gilt, wenn zwar eine Eintragung der Gesellschaft vorgenommen und publiziert wurde, dabei aber die beschränkte Haftung des Kommanditärs nicht zum Ausdruck kommt, sei es dass die Gesellschaft als KollG, oder der Kommanditär als Komplementär eingetragen wurde.⁴⁵

³⁸ Vgl. vorst. § 11, VII 1.2, SIEGWART, N.3 zu Art. 610/12 OR sowie HARTMANN, N.5 zu Art. 612 OR. Vgl. auch die ausdrückliche Regelung in § 176 II HGB für die Zeit zwischen dem Eintritt und der Eintragung. – Gem. SCHMIDT, Anwendungsgrenzen, 193, 196, 205, tritt die entsprechende Rechtswirkung jedoch keinesfalls bei einer Rechtsnachfolge in den Kommanditanteil ein; s.a. vorst. § 11, VIII, Fn.283.

³⁹ Vgl. HARTMANN und SIEGWART, je a.a.O.; so auch deutlich § 176 II HGB, WIELAND, 742, inkl. Anm. 18. Die Beweislast für diesen Umstand liegt beim Gläubiger, vgl. HARTMANN, N.7 zu Art. 606 OR.

⁴⁰ Zur Kontroverse nachst. im Text.

⁴¹ Der Schutz des Verkehrs verlangt kein Mehreres, vgl. erneut vorst. § 11, VII 1.2.

⁴² So schon ProtExpKomm, 127.

⁴³ Vgl. vorst. I, so auch HARTMANN, N.2 zu Art. 606 OR, FURRER, 179.

⁴⁴ Vgl. SIEGWART, N.1 zu Art. 606 OR, HARTMANN, N.4 zu Art. 606 OR, im letzteren Fall entsteht u. U. ein Regressanspruch.

⁴⁵ Vgl. SIEGWART, N.2 zu Art. 606 OR, HARTMANN, a.a.O. – Falls der Kommanditär überhaupt nicht erwähnt wurde, liegt meist eine stille Gesellschaft vor ohne jegliche Haftung des Stillen.

Eine solche, lediglich intern zustande gekommene KG muss gemäss Gesetz im Verkehr aufgetreten sein, denn die Haftungsfrage und das Bedürfnis nach einem Schutz der Gläubiger ergibt sich nur in diesem Zusammenhang. Ist die Zustimmung des Kommanditärs zu diesem Auftreten erforderlich? In Art. 606 OR ist diese Präzisierung, im Gegensatz zu § 176 I HGB, unterblieben. Gemäss herrschender Lehre ist die genannte Voraussetzung aber auch im schweizerischen Recht zu beachten, zumindest im Sinne des Erfordernisses einer stillschweigenden Zustimmung bzw. eines wissentlichen Duldens.⁴⁶ Eine einmal erteilte Zustimmung kann nicht mehr zurückgenommen werden; dies erheischt das Interesse des Geschäftsverkehrs.⁴⁷ Ist jegliche Zustimmung zu verneinen, tritt keine Wirkung nach aussen und damit keine Haftung ein.⁴⁸

Umstritten ist, ob sich Art. 606 OR nur auf rechtsgeschäftliche⁴⁹ oder auch auf Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung bzw. aus Gesetz, d.h. ohne Rücksicht auf ihre Rechtsnatur,⁵⁰ beziehe. Im aOR sowie in sämtlichen Entwürfen war noch von «eingegangenen» Verbindlichkeiten, nicht also von «entstandenen» wie im heutigen Text, die Rede,⁵¹ was im Gegensatz zu Art. 612 I OR die unbeschränkte Haftung unmissverständlich auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten eingeschränkt hätte. Im geltenden Art. 606 OR wird der weitere Begriff der «entstandenen» Verbindlichkeiten auch im italienischen und französischen Text («obbliga-

⁴⁶ Vgl. SIEGWART, N.4 zu Art. 606 OR, HARTMANN, N.3 zu Art. 606 OR, FUNK, N.3 zu Art. 606 OR, BISCHOFF, 117, VON STEIGER, 640; für das deutsche Recht vgl. BOHNENBERG, Anm. I zu § 176 HGB; im Abschluss des Gesellschaftsvertrags darf hierbei nicht mehr als ein Indiz erblickt werden, vgl. HARTMANN, a.a.O., s.a. KORNBLUM, 246. Die Berufung auf einen Willensmangel beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags ist jedoch dem Kommanditär wiederum verwehrt, vgl. vorst. § 11, IX 2.4.2. – Zur Möglichkeit der vertraglichen Hinausschiebung des Geschäftsbeginns bis zur Eintragung und Veröffentlichung vgl. HARTMANN, N.3 zu Art. 606 OR, SIEGWART, N.4 zu Art. 606 OR, BISCHOFF, 118, FURRER, 181 f., 157, WIELAND, 765, Anm. 33, KORNBLUM, 243, 205, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1209 f. = Gem. BAUMBACH/Duden, Anm. 2A zu § 176 HGB, bedeutet Zustimmung mehr als schlichte Duldung, verlangt Erklärung oder gewisse Teilnahme. Zu den Kontroversen in diesem Zusammenhang vgl. für das deutsche Recht KORNBLUM, 198 ff., 246 f.

⁴⁷ Allenfalls kann der Kommanditär durch vorsorgliche Verfügung ein weiteres Handeln seiner Mitgesellschafter für die Zwischenzeit verbieten lassen, s.a. SIEGWART, N.4 zu Art. 606 OR.

⁴⁸ Vgl. HARTMANN, N.3 zu Art. 606 OR.

⁴⁹ So FURRER, 177, BISCHOFF, 120 f., SIEGWART, N.5 zu Art. 606 OR; weil nur solche Forderungen «auf einen von bestimmten Erwägungen geleiteten Entschluss des Gläubigers» zurückzuführen seien.

⁵⁰ So VON STEIGER, 640, inkl. N.43, offenbar auch HARTMANN, N.7 zu Art. 606 OR.

⁵¹ Vgl. aOR Art. 599, E I Art. 609, E II Art. 622, E III Art. 606; französisch gem. VON STEIGER, 640, N.43: «engagements contractés».

zionen della società *nate*» bzw. «dettes sociales *nées*») verwendet. Es erstaunt aber sehr, wie er dahin gelangen konnte, hatten doch weder die Expertenkommission noch insbesondere die Räte im Rahmen der parlamentarischen Beratungen⁵² eine Änderung von Entwurf II bzw. Entwurf III beschlossen. Tatsächlich wurde sie erst anschliessend von der Parlamentarischen Redaktionskommission verfügt⁵³ und in der globalen Schlussabstimmung gutgeheissen.⁵⁴ Leider sind die Beratungen der Redaktionskommission nicht protokolliert worden.⁵⁵ Die Vermutung drängt sich jedoch auf, dass eine Angleichung an Art. 612 I OR angestrebt wurde.⁵⁶

Auch im deutschen Recht ist die Auslegung der betreffenden Bestimmungen strittig. Dies obgleich sowohl § 176 I HGB (betreffend Geschäftsbeginn vor Eintragung) als auch § 176 II sowie § 173 HGB (betreffend Eintritt in eine bestehende Handelsgesellschaft) nur von «begründeten» Verbindlichkeiten sprechen, wodurch m.E. die Eingrenzung auf rechtsgeschäftliche Schulden wesentlich näher läge.⁵⁷ Indes scheint sich zunehmend die gegenteilige Meinung durchzusetzen, wonach der Wortlaut des Gesetzes zu einer Unterscheidung nach dem Grund des Anspruchs keine Stütze biete und ein Kommanditist, welcher die Zustimmung zu einem Auftreten der Gesellschaft im Verkehr bzw. der Weiterführung des Geschäfts gegeben habe, ohne die Eintragung zu erwirken, diese einleitende unbeschränkte Haftung riskiere.⁵⁸

Meines Erachtens ist zusätzlich zu den genannten, die Ausdehnung der unbeschränkten Haftung befürwortenden Argumenten, auf die kon-

⁵² Vgl. das Ergebnis der Beratungen des Parlaments zum ganzen Gesetzesentwurf, Vorlage für die RedKomm. vom 28.5.1936, S.12.

⁵³ Vgl. erstmals in der Vorlage der Parlamentarischen RedKomm. vom 29.8.1936.

⁵⁴ Vgl. StenBullStR 1936/376, StenBullNR 1936/385.

⁵⁵ Vgl. Berichterstatte SCHERER in StenBullNR 1936/379.

⁵⁶ Die entsprechende Übereinstimmung findet sich auch im ital. und franz. Text, d.h. auch Art. 612 I OR spricht von «obbligazioni ... nate» ... bzw. «dettes sociales nées ...».

⁵⁷ In diesem Sinne SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1198 f., SCHLEGELBERGER/GESSLER, Anm. 6 zu § 176 HGB, unter Berufung auf BGHZ 82, 209, 215, HUECK, 146. – Anders betreffend Bedeutung des Wortlautes SCHILLING, Anm. 12 zu § 176 HGB.

⁵⁸ In diesem Sinne SCHILLING, Anm. 12 zu § 176, Anm. 3 zu § 173 HGB, LEHMANN/DIETZ, 205 f., BARELLA, DB 1952/465, SUDHOFF, 25, BEYERLE, 2, BAUMBACH/DUDEN, Anm. 1A zu § 176 HGB. Entsprechend folgern LEHMANN/DIETZ und SCHILLING, je a.a.O., umgekehrt, dass die Vorschrift – im richtig verstandenen Sinne – einen Druck auf die Gesellschafter, für den Eintrag zu sorgen, auszuüben vermöge. Eher in befürwortendem Sinne auch WIEDEMANN, 154, 2. Sp.; unentschieden offenbar KORNBLUM, 201. – Befürwortend, v.a. gestützt auf das Einverständnis des Kommanditärs, auch VON STEIGER, 640, für das schweiz. Recht.

stitutive Rechtsnatur des Eintrags im Handelsregister hinzuweisen, durch welchen eine Beschränkung der Haftung an sich erst erwirkt werden kann, unabhängig von der Art der Verbindlichkeit (bzw. dem Gegenstand der Haftung⁵⁹) also.⁶⁰ Des weiteren ist auch für das schweizerische Recht eine Angleichung von Art. 606 an Art. 612 I OR, für welchen die umfassende Haftung unbestritten ist, ausdrücklich gutzuheissen.⁶¹

Nach hier vertretener Auffassung bezieht sich demnach der Begriff «entstanden» in Art. 606 OR auf Verbindlichkeiten jeglicher Rechtsnatur; dies als Ausnahme vom Grundsatz, wonach die unbeschränkte Haftung nur denjenigen Gläubigern gegenüber eintritt, die mit einer solchen rechnen konnten.

Der gute Glaube gemäss Art. 606 OR bedeutet eine Unkenntnis der beschränkten Haftung des betreffenden Gesellschafters. Für das Kennen-Müssen bleibt angesichts des Gesetzestextes kein Raum.⁶² Dem Kommanditär verbleibt, umgekehrt gewendet, nur die Beweismöglichkeit, wonach dem betreffenden Gläubiger die Beschränkung seiner Haftung nach aussen⁶³ bekannt war, d.h. dass dieser ein positives Wissen um seine Kommanditärstellung besass.⁶⁴ Ein einmal ergangenes Zirkular genügt keinesfalls,⁶⁵ um seine Eigenschaft als Kommanditär in der betreffenden KG nachzuweisen,⁶⁶ auch die allgemeine Kenntnis, dass eine KG vorliege, nicht.⁶⁷ – Ebenso ist m.E. der Nachweis unbehelflich, wonach der Dritte

⁵⁹ Dazu vorst. § 11, III.

⁶⁰ Eine beschränkte Haftung ohne Eintrag, wie sie von HUECK, 146, 1 B. auf unerlaubte Handlungen ausdrücklich vertreten wird, erscheint von daher a priori unhaltbar.

⁶¹ Wie dies vermutlich von der Redaktionskommission angestrebt wurde, vgl. vorst. bei Fn.56. – Für Gleichbehandlung der beiden Tatbestände gem. deutschem Recht ausdrücklich auch DONNER, 294, gestützt auf die Denkschrift zum HGB.

⁶² Unpräzise daher m.E. FUNK, N.4 zu Art. 606 OR. Problematisch die von SIEGWART, N.7 zu Art. 606 OR, HARTMANN, N.5 zu Art. 606 OR, vertretene Möglichkeit einer zumutbaren Erkundungspflicht, denn diese geht in Richtung Kennen-Müssen; wie hier FURRER, 178; gleich BAUMBACH/DUDEN, Anm. 1 zu § 176 HGB, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1198, KORNBLUM, 204, für das deutsche Recht.

⁶³ Ungenügend = selbstverständlich – die Kenntnis der internen Einlagepflicht und Verlustaufteilung, so ausdrücklich FURRER, 177 f.

⁶⁴ S.a. BISCHOFF, 120, KORNBLUM, 202, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1204. Nicht erforderlich ist Wissen um genaue Höhe der Kommanditsumme, s.a. HARTMANN, N.5 zu Art. 606 OR, SIEGWART, N.6 zu Art. 606 OR, SIMON, 18, N.1, KORNBLUM, 203 f.

⁶⁵ Vgl. auch HARTMANN, N.6 zu Art. 606 OR, anders nach hier vertretener Ansicht u.U. bei einer unbeschränkten Haftung aufgrund von Art. 605 OR, vgl. vorst. Ziff. 1.

⁶⁶ So VON STEIGER, 640, HARTMANN, N.5 zu Art. 606 OR, abgeschwächt in N.6 a.a.O.: Beweispflicht des Kommanditärs, dass der Dritte «die Kenntnisse, die seinen guten Glauben ausschliessen» hatte.

⁶⁷ Vgl. VON STEIGER, 640, anders noch FURRER, 178.

gar nicht gewusst hat, dass der betreffende Kommanditär überhaupt ein Mitglied der Gesellschaft war,⁶⁸ denn die unbeschränkte Haftung gemäss Art. 606 OR beruht auf dem Tätigwerden der vertretungsbefugten Gesellschafter trotz mangelnder Bekanntgabe der beschränkten Haftung, d.h. auf einem Auftreten der Gesellschaft,⁶⁹ nicht auf einem Auftreten des Kommanditärs als solchem.⁷⁰ Für letzteren Fall ist Art. 605 OR massgebend.⁷¹ Lediglich der «gute Glaube Dritter, die nach Massgabe des Auftretens unter einer gemeinschaftlichen Firma annehmen dürfen, einer KollG gegenüber zu stehen» soll durch Art. 606 OR geschützt werden.⁷²

3. Art. 607 OR: Name des Kommanditärs in der Firma

Auch diese unbeschränkte Haftung wird grundsätzlich ohne Zutun des Kommanditärs bewirkt. «Wer es zulässt, dass sein Name in die Firma aufgenommen wird, gibt sich als Komplementär aus.»⁷³

Art. 607 OR versucht, die Vorschriften der Firmenbildung (Art. 947 III und IV OR) zur Geltung zu bringen, wonach der Name eines Kommanditärs nicht in der Firma erscheinen soll, weil sonst wiederum für Dritte der Eindruck einer unbeschränkten Haftung entstehen kann.⁷⁴

Bei einer eingetragenen KG hat diese Vorschrift allerdings aufgrund der geltenden Formalitäten bei der Eintragung (vgl. Art. 52 ff. HRegV, insbesondere auch Art. 61) sowie der erforderlichen Zustimmung des Kom-

⁶⁸ Wie hier SUDHOFF, 24, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1200, KORNBLUM, 203. – A.A. SIEGWART, N.8 zu Art. 606 OR unter Verweis auf ProtExpKomm, 127. Am letzteren Orte wurde jedoch, vgl. S.128, lediglich das Auftreten im Verkehr (im E II Art. 622 noch nicht enthalten) i.S. einer Ergänzung neu aufgenommen, wie SIEGWART FUNK, N.2 zu Art. 606 OR. BISCHOFF, 120.

⁶⁹ Vgl. vorst. im Text.

⁷⁰ Problematisch auch die von SIEGWART, N.9 zu Art. 606 OR, s.a. N.3 zu Art. 605 OR, erwähnte Vermutung einer gesetzlichen Vertretungsmacht des Kommanditärs durch den Dritten dann, wenn dieser die Gesellschaft als KollG oder den Kommanditär als Komplementär ansehe. Dies widerspricht m.E. dem zwingenden Charakter von Art. 603 OR – vgl. HARTMANN, N.1, N.6 und N.10 zu Art. 603 OR, BGE 23 I 290. Ein solcher zusätzlicher Schutz ist auch nicht nötig, denn die Dritten sind durch die vom Gesetz geschützte Vermutung ihrer gutgläubigen Annahme einer unbeschränkten Haftung genügend geschützt.

⁷¹ Missverständlich HARTMANN, N.1 und N.2 zu Art. 606 OR.

⁷² Vgl. FURRER, 176, s.a. HARTMANN, N.1 zu Art. 606 OR.

⁷³ So HARTMANN, N.2 zu Art. 607 OR.

⁷⁴ Im HGB wurde dieser Paragraph zufolge der u.U. schwerwiegenden Folgen einer unbeschränkten Haftung anlässlich der Revision fallen gelassen; s. dazu auch LEHMANN/DIETZ, 196.

manditärs hiezu (Art. 597 I OR) keine grosse praktische Bedeutung mehr. Anwendung findet sie nach wie vor bei den nicht eingetragenen, kaufmännischen⁷⁵ Gesellschaften im Gründungsstadium, sowie bei Umwandlungen von einer KollG in eine KG.⁷⁶ Keinesfalls aber macht die Führung einer unrichtigen Firma eine KG zu einer KollG.⁷⁷

Der Name des Kommanditärs muss in die Firma aufgenommen worden sein.⁷⁸ Umstritten ist, wer das Risiko tragen soll, wenn der Kommanditär den gleichen Namen trägt wie der Komplementär.⁷⁹ Zur Vermeidung von Unklarheiten empfiehlt sich daher eine deutliche Differenzierung, z.B. durch Beifügung von Vornamen, allenfalls des Frauennamens etc.

Wiederum wird stillschweigend vorausgesetzt, dass der Name mit Zustimmung des Kommanditärs (bzw. zumindest mit seiner Duldung) verwendet worden sei⁸⁰. Beides wird bei einer eingetragenen Firma anzunehmen sein, da der Kommanditär bei der Eintragung, wie erwähnt, mitzuwirken hat.⁸¹ Eine Ausnahme ist dann zuzulassen, wenn der unkorrekte Eintrag bloss auf einem Versehen des Handelsregisterführers beruht und die Gesellschaft im Geschäftsverkehr tatsächlich unter dem richtigen Namen auftritt.⁸² Ist die Gesellschaft nicht eingetragen⁸³ und unter einer unkorrekten Firma aufgetreten, so mag der Kommanditär nachweisen, dass diese Firma von den übrigen Gesellschaftern ohne jegliche Zustimmung seinerseits verwendet worden war.⁸⁴

Wird im Geschäftsverkehr eine von der eingetragenen abweichende Firma benutzt, gilt es zu unterscheiden: Ist der Eintrag korrekt, die Ver-

⁷⁵ Nichtkaufmännische sind vor der Eintragung noch gar nicht als KG entstanden – vgl. Fn.33 vorst.

⁷⁶ Vgl. SIEGWART, N.4 zu Art. 608 OR, VON STEIGER, 641 – allerdings überschneidet sich dieser Fall teilweise mit Art. 606 OR, so auch SIEGWART, N.4 zu Art. 607 OR, HARTMANN, N.4 zu Art. 607 OR.

⁷⁷ So SIEGWART, N.7 zu Art. 607 OR.

⁷⁸ Die Benutzung des Namens des Kommanditärs durch den Komplementär im Verkehr genügt nicht hiezu, vgl. HARTMANN, N.3 zu Art. 602 OR. – Umgekehrt vermag der Zusatz «Kommanditgesellschaft» den namentlich erwähnten Kommanditär nicht von der unbeschränkten Haftung zu befreien, vgl. BGE 71 I 270 ff.

⁷⁹ Gem. HUBER, Ber.I, 27, der Gläubiger, da der Grundsatz der Firmenwahrheit nicht eine vollständige Wiedergabe der bestehenden Verhältnisse erheische, sondern lediglich die Vermeidung von falschen Informationen bezwecke; ähnlich, aber differenzierend SIEGWART, N.1 zu Art. 607 OR; a. A., nämlich Risiko des Kommanditärs, HARTMANN, N.2 zu Art. 607 OR.

⁸⁰ Vgl. VON STEIGER, 641, HARTMANN, N.4 zu Art. 607 OR, vgl. vorst. Ziff. 2 (bei Fn.46).

⁸¹ Vgl. vorst. im Text, s.a. SIEGWART, N.5 zu Art. 607 OR.

⁸² So SIEGWART, N.2 zu Art. 607 OR.

⁸³ Vgl. hiezu auch Art. 606 OR sowie Fn.75, insbes. Fn.33 vorst.

⁸⁴ Vgl. SIEGWART, N.5 zu Art. 607 OR.

wendung im Geschäftsverkehr unzutreffend, so greift m.E. aufgrund des positiven Publizitätsprinzips (Art. 933 I OR) trotzdem die beschränkte Haftung Platz.⁸⁵ Ist hingegen der Eintrag der Firma unrichtig, die Verwendung im Verkehr hingegen korrekt, so haftet der Kommanditär grundsätzlich unbeschränkt. Seine Einwilligung, welche bei Eintragung der Firma automatisch auch die Einwilligung zum Auftreten unter dieser Firma umfasst, kann er, auch bei einem Versehen des Handelsregisterführers, nicht mehr bestreiten.⁸⁶

Bleibt dem Kommanditär in diesem sowie in sonstigen Fällen des unkorrekten Eintrags bzw. der unkorrekten Verwendung der Firma im Geschäftsverkehr der Nachweis des bösen Glaubens des Dritten? Diese Frage ist umstritten.

Im Gesetzestext ist davon nicht die Rede. Meines Erachtens widerspricht es indes Treu und Glauben, wenn ein Dritter, der um die Eigenschaft eines Gesellschafters als beschränkt Haftendem positiv gewusst hat – diese Beweislast verbliebe ja dem Kommanditär –, die Haftung in unbeschränktem Ausmass in Anspruch nehmen könnte. Dies wegen einer mangelhaften Firmenbildung, die ja für ihn persönlich nicht irreführend ist. Eine derartige Folge wäre insbesondere auch angesichts der allenfalls grossen Tragweite einer solchen unbeschränkten Haftung, die beim Kommanditär die Ausnahme bildet und bilden soll, äusserst stossend. Die Abwägung der Interessen spricht hier für die grössere Gewichtung derjenigen des Kommanditärs. Zumindest besteht für den Gläubiger solchenfalls eine zumutbare Erkundigungspflicht. Nicht aber darf er ohne weiteres davon ausgehen, dass die Gesellschafter ihren Entschluss geändert haben.⁸⁷ Vielmehr konnte und durfte er in einem solchen Fall nicht mehr mit einer unbeschränkten Haftung des Kommanditärs rechnen.

Meines Erachtens ist daher die Tatsache, dass das Erfordernis des guten Glaubens ausser acht gelassen wurde,⁸⁸ auf ein Versehen zurückzuführen

⁸⁵ A.A. SIEGWART, N.3 zu Art. 607 OR: unbeschränkte Haftung für die unter solchen Voraussetzungen abgeschlossenen Geschäfte.

⁸⁶ Vgl. auch vorst. Fn.44.

⁸⁷ So SIEGWART, N.6 zu Art. 607 OR, ausser im Falle der Bekanntgabe der Beschränkung gerade diesem betreffenden Gläubiger gegenüber. Wie hier VON STEIGER, 641, HARTMANN, N.7 zu Art. 607 OR; a.M. PATRY, Précis, 356, BISCHOFF, 124, sowie FURRER, 196, letzterer jedoch noch unter der Herrschaft des aOR, welches den guten Glauben nur in einem der drei Fälle, nämlich bei mangelndem Eintrag (heute Art. 606 OR) überhaupt erwähnte, bzw. den Kommanditär nur in diesem Fall gegen Bösgläubigkeit schützte.

⁸⁸ Durch beiläufiges Votum eingefügt von EGGER betreffend den heutigen Art. 606 OR, vgl. ProtExpKomm, 128.

und damit als eine Lücke zu behandeln, die im oben dargelegten Sinne ausgefüllt werden muss.

Soweit die unbeschränkte Haftung des Kommanditärs aufgrund von Art. 607 OR im Einzelfalle gegeben ist, bezieht sie sich auf alle bereits entstandenen und auch auf die zukünftigen Verbindlichkeiten, solange der gesetzwidrige Zustand andauert.⁸⁹

4. Unbeschränkte Haftung des Kommanditärs bei atypischen Verhältnissen?

Kurz zusammengefasst steht die Frage zur Diskussion, ob ein Kommanditär, der die KG intern (durch Übertragung der Geschäftsführungsbefugnisse) und extern (durch Einräumung von weitgehenden Vertretungsbefugnissen), oft zugleich auch durch ein kapitalmässiges Übergewicht, die Gesellschaft «beherrscht»,⁹⁰ dem Dritten gegenüber, gestützt auf allgemeine Prinzipien des Rechts,⁹¹ unbeschränkt haften solle. Zum Teil geht es im gleichen Zusammenhang auch darum, eine Verdrehung des Leitbildes der KG zu vermeiden,⁹² ein Ausfluss aus dem so ge-

⁸⁹ Vgl. SIEGWART, N.2 zu Art. 607 OR, VON STEIGER, 641, HARTMANN, N.6 zu Art. 607 OR (etwas zu eng: nur von «abgeschlossenen» Geschäften sprechend).

⁹⁰ Zu den verschiedenen Möglichkeiten zum Ausbau einer Kommanditistenstellung eingehend ELSING, 25 ff.

⁹¹ Sogenannte Ordnungsprinzipien, auf der Gerechtigkeitsidee beruhend, wie «Gleichgewicht von Macht und Verantwortung bzw. von Herrschaft und Haftung» etc., vgl. z.B. PEDRAZZINI, 371, 1.Sp., 373, 2.Sp., v.a. von der Betrachtung des stillen Gesellschafters ausgehend. Abweichend – auch betreffend stille Gesellschaft – NALF, 310 ff., 318 f. – Gerade die Verwischung der Grenzen zur stillen Gesellschaft bewog den BGH gem. SCHNEIDER/SCHNEIDER, 66, zur Ablehnung der unbeschränkten Haftung, und zwar dem Grundsatz nach. Vgl. auch nachst. Fn.102.

⁹² In diesem Zusammenhang hatte sich Lehre und Praxis in Deutschland auch mit der GmbH & Co zu befassen, bei der die GmbH der (meist einzige) «unbeschränkt» haftende Gesellschafter ist. Ein Widerspruch an sich zur Grundidee, dass bei der KG mindestens eine Gesellschafterkategorie unbeschränkt haften solle. Diese Gesellschaftsform ist im deutschen Recht jedoch heute zivil- und steuerrechtlich anerkannt, so VON STEIGER, 597, N.33, HUECK, 352, U.Huber, z.B. 303, s.a. LUTTER/HOMMELHOFF, 47. Im schweiz. Recht stellt sich das Problem nicht, da Komplementäre gem. dem revOR nur natürliche, keine juristischen Personen sein können, vgl. Art. 594 II OR. Zum Leitbild der KG s.a. VON STEIGER, 595. – Zum erweiterten Haftungsrisiko des Kommanditisten vgl. KLAMROTH, 428 ff.

nannten typologischen Denken.⁹³ Anstelle einer vertieften Betrachtung wird grundsätzlich auf die einschlägige neuere Literatur verwiesen.⁹⁴

Was die KG betrifft, so ist mit VON STEIGER⁹⁵ eine Ausdehnung der unbeschränkten Haftung des Kommanditärs abzulehnen⁹⁶. Der Geschäftsverkehr ist durch die rechtsgültige Kundgabe der Beschränkung seiner Haftung genügend geschützt.⁹⁷ Die unbeschränkte Haftung tritt – grundsätzlich – nur gegenüber denjenigen Gläubigern ein, welche mit einer solchen rechnen konnten.⁹⁸ Einem beherrschenden Kommanditär kann daher die unbeschränkte Haftung unter Umständen aufgrund von Art. 605 OR, d.h. aufgrund seines Auftretens für die Gesellschaft ohne Hinweis auf seine abgeleitete Vertretungsmacht,⁹⁹ auferlegt werden. Im übrigen darf aus Gegebenheiten, die nur das – vom Gesetz nicht zwingend geregelte – Innenverhältnis betreffen, eine unbeschränkte Haftung des Kommanditärs in keinem Fall abgeleitet werden. Die gesetzliche Regelung der KG beruht wie bereits ausführlich dargelegt¹⁰⁰ auf einer

⁹³ Vgl. z.B. P. MENGARDI, Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, in Referate und Mitteilungen des Schweizer Juristenvereins, 102/15 ff., MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, 306 ff., KOLLER, insbes. S.134 ff.; zum grundsätzlichen Unbehagen gegenüber der Typenlehre ELSING, 70 ff., 180, zur geringen Bedeutung in der Praxis vgl. FORSTMOSER, Atypische Genossenschaften und Vereine, 142 ff., hilfreich allenfalls für die Auslegung ders. S.145 f., überholt auch gem. R.REINHARDT, 352, 356, insbes. nicht anwendbar auf das dispositiv geregelte Innenverhältnis einer KG, ähnlich KORNBLUM, 262, vgl. dazu auch direkt nachst. im Text. Grundsätzlich gegen die Annahme einer typischen Interessen- und Beteiligungslage CHRIST, 44.

⁹⁴ So RICHARD, a.a.O., insbes. S.84 ff., VON STEIGER, 641 ff. mit weiteren Zitaten; für das deutsche Recht statt vieler ELSING, insbes. 45 ff.; daselbst zum in gewisser Beziehung ähnlich gelagerten Fall der unterkapitalisierten KG, sowie zur Problematik des Haftungsdurchgriffs allgemein, 103 ff.

⁹⁵ S. 642 f., s.a. schon HARTMANN, N.1 zu Art. 605 OR, gl. BOHNENBERG, Anm. IV zu § 171 HGB, KONIETZKO, 167 ff.; a.A. PEDRAZZINI, a.a.O. (vgl. Fn.91 vorst.).

⁹⁶ Treffend auch KOLLER, 140: «Zweckfremder Gebrauch eines Instituts, der mit den Intentionen des Gesetzgebers nicht in Widerspruch steht, ist durchaus legitim.» So statt vieler auch KORNBLUM, 263, Ausnahme ev. betr. «Haftungsinhalt», d.h. doch Realerfüllungs- statt nur Interessenhaftung (dazu vorst. § 11, IV), vgl. ders. S.252 ff., insbes. 254. Grundsätzlich ablehnend auch der BGH gem. SCHNEIDER/SCHNEIDER, 66 (vgl. auch Fn.91).

⁹⁷ So auch U.HUBER, 303.

⁹⁸ Vgl. vorst. Ziff. 1-3, s.a. HARTMANN, N.5 zu Art. 612 OR; zur Ausnahme vgl. vorst., bei Fn.61.

⁹⁹ Vgl. dazu vorst. Ziff. 1, so auch noch Art. 167 III ADHGB, nicht mehr enthalten im heutigen HGB; dazu im vorliegenden Zusammenhang KONIETZKO, 168, KORNBLUM, 262, SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1155.

¹⁰⁰ Vgl. vorst. § 1, II.

strikten Trennung von Innenverhältnis und Aussenverhältnis.¹⁰¹ Die Forderung nach Übereinstimmung von «Herrschaft und Macht» läuft daher dem System des Gesetzes zuwider.¹⁰²

Vorbehalt bleibt hier wie anderswo das Verbot des Rechtsmissbrauchs im konkreten Fall.¹⁰³

¹⁰¹ Diese Trennung führt auch dazu, dass eine allfällige vollständige Befreiung von der Verlusttragungspflicht des Komplementärs unter keinen Umständen zu einer unbeschränkten Haftung des Kommanditisten führen kann, so grundsätzlich auch SUDHOFF, Verlustausschlussklausel, 2175 f. (vgl. allerdings den Hinweis von KIAMROTH, 430, darauf, dass der Regressanspruch eines belangten Komplementärs gegen den Kommanditisten gem. herrschender Lehre schon während des Bestehens der Gesellschaft gegeben sei!). Die für das deutsche Recht indirekt anzuerkennende Ausnahme (Vereinbarung einer Zuzahlungspflicht des Kommanditisten, Pfändung des Ausgleichsanspruchs und Überweisung an sich selbst durch die Gläubiger) entfällt gem. schweizerischem Recht aufgrund der lediglich subsidiär, nicht unmittelbar, ausgestalteten Haftung.

¹⁰² So auch U. HUBER, 303, NAEF, 318 ff., SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1155, s.a. die ausführliche Kritik an diesem Prinzip bei ELSING, 62 ff., u.a. durch Hinweis auf die Tatsache, dass gerade umgekehrt überwiegend Trennung von Leitungsbefugnis und persönlicher Haftung die Regel ist, sowie unter Hinweis auf die bedrohte Rechtssicherheit. Zu letzterem Argument s.a. KONIETZKO, 178; im Resultat gleich KORNBLUM, 262, zu Recht auch darauf hinweisend, dass im umgekehrten Fall, nämlich bei Ausschluss eines Komplementärs von Geschäftsführung und Vertretung, niemand daran denken würde, dessen unbeschränkte Haftung zu begrenzen! Gegen den Gleichlauf von Herrschaft und Macht, *«weil Wertungsgesichtspunkte allem kein anwendbares Recht beinhalten»* WILDMANN, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, 1048.

¹⁰³ So RICHARD, 110 f., 113 f., KOLLER, 171 ff., VON STEIGER, 643 mit weiteren Zitaten in N.56; so heute auch in der überwiegenden Lehre zum deutschen Recht, vgl. LEHMANN/DIETZ, 206, KONIETZKO, 170, s.a. WIEDEMANN, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, 1049, v.a. hinweisend auf die wichtige «Aufsichts- und Bremsfunktion» des Komplementärs; s.a. ELSING 80 ff., 102, jedoch die Möglichkeit des vom Handelsregisteremtrag abweichenden Rechtsscheins offenlassend, 94 ff., 102. Der BGHZ in Zivilsachen hat die Annahme einer unbeschränkten Haftung grundsätzlich, mit gewissen Einschränkungen (vgl. dazu KORNBLUM, 264), schon früher abgelehnt, vgl. BGHZ 45 (1966) 204 ff. (sogenannter «Rektor-Fall»). Es darf dabei allerdings nicht übersehen werden, dass das vorliegend genannte Problem nach deutschem Recht zufolge der unmittelbaren Haftung des Gesellschafters weit gravierendere Folgen hat. Kritik an der s.E. zu weitgehenden Zulassung der Verwendung einer KG im vorerwähnten BGHZ-Entscheid bei WIEDEMANN, 151.

III. Auswirkungen der unbeschränkten Haftung des Kommanditärs

Wie bereits erwähnt bewirkt die unbeschränkte Haftung des Kommanditärs nicht, dass er zum Komplementär wird, sondern lediglich, dass er *wie* ein solcher *haftet*.¹⁰⁴ Es gelten somit die für den Komplementär und Kollektivgesellschafter aufgestellten Haftungsbestimmungen in allen Einzelheiten.¹⁰⁵ Unterschiede zur beschränkten Haftung zeigen sich vor allem im Ausmass, in den Voraussetzungen und im Procedere der Geltendmachung.

Im einzelnen bedeutet dies, dass der Kommanditär wie bei beschränkter Haftung persönlich (Art. 604 OR),¹⁰⁶ solidarisch (Art. 604 in Verbindung mit Art. 568 I OR),¹⁰⁷ subsidiär (Art. 604 OR),¹⁰⁸ sowie im Sinne einer Interessehaftung,¹⁰⁹ aber unbeschränkt, d.h. im Ausmass nicht begrenzt durch die allenfalls im Handelsregister eingetragene und im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizierte Kommanditsumme, haftet. Es bedeutet darüber hinaus ebenfalls, dass er erst belangbar wird, wenn Haftungsauslösungsgründe¹¹⁰ eingetreten sind. Anders als bei der beschränkten Haftung gelten jedoch im Rahmen der unbeschränkten Haftung auch die erfolglose Betreibung der Gesellschaft sowie der allfällige Konkurs des Kommanditärs als Auslösungsgründe.¹¹¹

Die erfolglose Betreibung der Gesellschaft als Haftungsauslösungsgrund wirft im Falle der unbeschränkten Haftung des Kommanditärs keine speziellen Probleme auf. Das Procedere der Geltendmachung ist wesentlich vereinfacht. Insbesondere beruht es nicht auf der Einwerfung einer Haftsumme in die Liquidations- oder Konkursmasse, sondern es kann der Gläubiger beim Vorliegen der Voraussetzungen direkt gegen den unbeschränkt haftenden Kommanditär vorgehen und Leistung an sich

¹⁰⁴ S.a. den Wortlaut der Art. 605/607 OR, vgl. vorst. I.

¹⁰⁵ Vgl. HARTMANN, N.1 zu Art. 605 OR; immer soweit er überhaupt unbeschränkt haftet. Denn beschränkte und unbeschränkte Haftung eines Kommanditärs können o.w. nebeneinander bestehen, vgl. wiederum vorst. I.

¹⁰⁶ Vgl. vorst. § 11, V 2.

¹⁰⁷ Vgl. vorst. § 11, V 3.

¹⁰⁸ Vgl. vorst. § 11, V 1, soweit neben ihnen die Gesellschaft überhaupt haftet, vgl. vorst. Ziff. 1 zu Art. 605 OR.

¹⁰⁹ Vgl. dazu vorst. § 11, IV, VON STEIGER, 538.

¹¹⁰ Vgl. vorst. § 11, IX 1.1.

¹¹¹ So ausdrücklich Art. 604 OR a.E. für den Komplementär, in Übereinstimmung mit Art. 568 III OR für den Kollektivgesellschafter.

selbst verlangen.¹¹² Eine Auflösung der Gesellschaft, welche die erfolglose Betreibung an sich nicht bewirkt,¹¹³ ist somit nicht Voraussetzung für die Geltendmachung der unbeschränkten Haftung gegenüber dem Kommanditär.

Die allfällige Konkursbetreibung des vollumfänglich oder zum Teil unbeschränkt haftenden Kommanditars ist zwar nicht zwingende Folge der unbeschränkten Haftung,¹¹⁴ kann aber eintreten und ist dann, wie vorstehend für den Komplementär festgehalten, ebenfalls als Haftungsauslösungsgrund für den Kommanditär anzusehen.¹¹⁵ Wiederum entfällt bei unbeschränkter Haftung des Kommanditars die gesetzliche Voraussetzung der Auflösung der KG (Art. 610 I OR), welche – da der Konkurs eines Gesellschafters generell nie zum Konkurs der Gesellschaft führt (Art. 615 II, Art. 571 II OR) – als Argument zur Ablehnung der Belangbarkeit des in Konkurs geratenen, beschränkt haftenden Kommanditars diene.¹¹⁶

Das direkte Klagerecht der Gläubiger – gegenüber dem Kommanditär immer nur, soweit seine unbeschränkte Haftung reicht – wirkt sich auch dahingehend aus, dass der Gesellschaftsgläubiger, der gleichzeitig Privatschuldner des Kommanditars ist, diesem gegenüber (Art. 614 I OR) die Verrechnungseinrede erheben kann und umgekehrt.¹¹⁷ Allerdings muss die Belangbarkeit des Kommanditars abgewartet werden, denn erst hiedurch ist das Erfordernis der Gegenseitigkeit vollends erfüllt.¹¹⁸

Im Rahmen der Geltendmachung der unbeschränkten Haftung steht dem Kommanditär seinerseits die persönliche Einrede der Haftungsbefreiung, die ausschliesslich mit der beschränkten Haftung verbunden ist,¹¹⁹ nicht zu.

Leistet der Kommanditär freiwillig an einen der Gesellschaftsgläubiger, dem gegenüber er unbeschränkt haftet, so kann ihm diese Leistung nach überwiegender Meinung nicht als «Leistung der Kommanditsumme», d.h. an dem zur Befreiung von seiner – im übrigen beschränkten – Haftung

¹¹² Vgl. z.B. VON STEIGER, 635.

¹¹³ Vgl. vorst. § 11, 1.1.

¹¹⁴ Vgl. vorst. I, HARTMANN, N.2 zu Art. 605 OR.

¹¹⁵ Insoweit er, wie vorliegend angenommen, überhaupt unbeschränkt haftet.

¹¹⁶ Vgl. vorst. § 11, IX 1.2.

¹¹⁷ Je nach Auslegung ebenfalls aufgrund von Art. 614 I bzw. aufgrund von Art. 614 II i.V. mit Art. 573 III OR, vgl. vorst. § 11, IX 2.4.3.2.2, s.a. HARTMANN, N.1 und N.5 zu Art. 614 OR.

¹¹⁸ Vgl. HARTMANN, N.5 zu Art. 614 OR, SIEGWART, N.47 zu Art. 610/12 i.V. mit N.25 zu Art. 568/69 und N.3 zu Art. 573 OR, vgl. ebenfalls vorst. § 11, IX 2.4.3.2.2.

¹¹⁹ Vgl. dazu ausführlich vorst. § 11, VIII; s.a. FURRER, 215.

erforderlichen Beträge angerechnet werden. Der erwähnten Ansicht kann in dieser Absolutheit nicht gefolgt werden.¹²⁰

Unbestrittenermaßen erwirbt der Kommanditär zufolge Zahlung einer jeglichen wirklichen Gesellschaftsschuld einen vollen Regressanspruch gegen die Gesellschaft, unabhängig davon, ob er beschränkt oder unbeschränkt haftet.¹²¹ Bei allfälliger Begleichung des Regressanspruchs durch die Gesellschaft ist zu unterscheiden: Wird der Anspruch durch Auszahlung ins Privatvermögen des Kommanditars ausgeglichen, so lässt die Begleichung der Gesellschaftsschuld die Haftung des Kommanditars definitiv unberührt.¹²² Erfolgt die Tilgung der Regressforderung jedoch durch Verrechnung mit einer rückständigen Einlageverpflichtung des Kommanditars, so vermehrt sich dessen Einlage bzw. das Kapitalkonto im entsprechenden Umfang¹²³ und damit der Umfang seiner Haftungsbefreiungseinrede. Ob die Regressforderung, die einer solchen Verrechnung zugrunde liegt, auf die Bezahlung einer Gesellschaftsschuld zurückgeht, für die der Kommanditär beschränkt oder aber unbeschränkt haftete, ist m.E. irrelevant. Jede Leistung der Einlage durch den Kommanditär gilt als haftungsbefreiend; wesentlich ist die dadurch bewirkte Mehrung seines haftenden Kapitals.¹²⁴

Einige weitere Unterschiede zur beschränkten Haftung des Kommanditars ergeben sich im Zusammenhang mit dem Konkurs von Gesellschaft und Gesellschaftern.

Ist die Gesellschaft in Konkurs gekommen und ist den Gläubigern daraus ein Verlustschein als Dokumentation ihrer Ausfallforderung verblieben, so hat dieser bei Vorliegen einer unbeschränkten Haftung auch dem Kommanditär gegenüber durchaus seine Bedeutung,¹²⁵ wiederum

¹²⁰ Vgl. bereits ausführlich vorst. § 11, VIII 3.2; s. a. SIEGWART, N.17 und N.49 zu Art. 610/12 OR, FURRER, 214, HARTMANN, N.2 zu Art. 605 OR, widersprüchlich insofern, als er eine Anrechnung auf die Einlagepflicht bejaht, vgl. dazu nachst. Fn.124. Im letzteren Sinne auch WIELAND, 764, Anm. 28.

¹²¹ Im letzteren Falle gleich wie der Komplementär; so ausdrücklich auch SIEGWART, N.38 zu Art. 568/69 OR.

¹²² Vgl. vorst. § 11, VIII, bei Fn.67.

¹²³ D.h. um den Wert der Regressforderung, insoweit dies möglich ist – zur Grenze des intern erlaubten Stehenlassens vgl. Art. 601 III OR, dazu vorst. § 2, V 2, § 3, IV 2.

¹²⁴ Unverständlich daher HARTMANN, a.a.O., der einerseits die Verrechnung mit einer rückständigen Einlageverpflichtung akzeptiert und andererseits eine Anrechnungsmöglichkeit an die Haftsumme ablehnt bei Zahlung von Gesellschaftsschulden, für die der Kommanditär unbeschränkt haftet.

¹²⁵ Vgl. SIEGWART, N.6 zu Art. 616 OR, HARTMANN, N.7 zu Art. 616 OR, SJZ 11(1914/15)118 Nr.31, 23(1926/27)108 Nr.2, ZR 25(1926)/196. – Zu den ungeklärten Problemen bei Vorliegen eines Verlustscheins bei beschränkter Haftung vgl. vorst. § 11, IX, Fn.48.

gleich wie beim Komplementär, d.h. er gilt unter Umständen als Schuldanerkennung gegenüber den Gesellschaftern.¹²⁶ Die Ausstellung eines Verlustscheines aus dem Konkurs der Gesellschaft führt hingegen auch im vorliegenden Zusammenhang weder zu einer Unverjährbarkeit der Forderungen gegenüber den Gesellschaftern¹²⁷ noch zu einer Unterbrechung der Verjährung ihnen gegenüber.¹²⁸

Im Konkurs der Komplementäre hat der Kommanditär bei Vorliegen einer unbeschränkten Haftung seinerseits nur ein beschränktes Rückgriffsrecht im Sinne der hier nun anwendbaren Art. 216/17 SchKG.¹²⁹ Denn durch eine ungehinderte Geltendmachung seiner Ansprüche könnte sich der Kommanditär seiner unbeschränkten Haftung auf Kosten der Gläubiger wieder entziehen.¹³⁰ Der Kommanditär kann somit seinen Rückgriffsanspruch zwar eingeben (Art. 217 II SchKG), erhält aber nur einen allfälligen Überschuss, der nach vollständiger Befriedigung der Gläubiger übrigbleibt (Art. 217 III SchKG).

¹²⁶ Vgl. SIEGWART, N.32 zu Art. 568/69 OR, HARTMANN, N.13 zu Art. 570 OR; a.A. OGer.ZH in SJZ 23(1926/27)108 (21).

¹²⁷ Vgl. SIEGWART, N.1 und N.4 zu Art. 591/93 OR, s.a. vorst. § 11, VII, Fn.151.

¹²⁸ Vgl. SIEGWART, N.4 zu Art. 591/93 OR, HARTMANN, N.13 zu Art. 570 OR.

¹²⁹ Anders im Rahmen der beschränkten Haftung, vgl. vorst. § 11, IX 1.2, Fn.27, s.a. § 11, VII, Fn.256. Zum gleichzeitigen Konkurs von Gesellschaft und unbeschränkt haftenden Gesellschaftern vgl. auch MANGOLD, 66 f.

¹³⁰ Vgl. SIEGWART, N.2 zu Art. 617 OR, N.55 zu Art. 610/12 OR.

§ 13 Haftung des Kommanditärs als Solidarbürge (Anhang)

I. Allgemeines

Die Frage, ob ein Personengesellschafter Bürge¹ für die Schuld seiner Gesellschaft sein könne, war früher umstritten, die Praxis schwankend.² Bezüglich des Kommanditärs allerdings wurde die Möglichkeit einer Verbürgung vom Bundesgericht schon früh anerkannt, mit der inakzeptablen Begründung indes, für den Kommanditär handle es sich um fremde Verbindlichkeiten, soweit sie die «Kommandite» überstiegen.³

Im revOR wurde die Kontroverse durch Absatz 3 von Art. 568 OR a.E. in positivem Sinne entschieden. Die Bestimmung ist anerkanntermassen⁴ auch auf den Kommanditär anwendbar.

Die Möglichkeit der Verbürgung einer Schuld der «eigenen» Gesellschaft entspricht, auch wenn diese Schuld naheliegenderweise weniger fremd ist als diejenige eines beliebigen aussenstehenden Dritten,⁵ durchaus einem Bedürfnis des Geschäftsverkehrs.⁶ Die Verstärkung der persönlichen Haftung und damit im Zusammenhang vor allem die Vereinfachung

¹ Dazu, dass es sich bei der Bürgschaft nicht um ein reines Haftungsverhältnis handelt, vgl. LARDELLI, 94 f.

² Vgl. hierzu SIEGWART, N.3 zu Art. 568/69 OR, HARTMANN, N.35 zu Art. 568 OR. Haupteinwand: Es fehle das Merkmal der «Fremdheit» der Schuld. Vgl. z.B. BGE 45 II 302, 46 II 471, zusätzlich würde Art. 218 SchKG umgangen, vgl. 46 II 473, gl.A. LARDELLI, 95, 1.Sp. Einleuchtend die Argumentation, – so EGGER, ProtExpKomm, 56 – dass die Bürgschaft die anderen Gläubiger schädige, weil sie ihnen ein Aktivum entziehen könne und dies erst bekannt werde, wenn es zu spät sei. Der Unterschied zur Verbürgung eines Aktionärs für die AG mit ihrem völlig separaten Haftungssubstrat ist nicht zu übersehen. – Gegen diese Argumente schon REICHEL, Verbürgung, 268, SIMON, 35, 91 f.

³ Vgl. z.B. BGE 57 II 356, s.a. ZBJV 74(1938)469, dagegen LARDELLI, 95, mit dem zutreffenden Hinweis darauf, dass auch der Kommanditär grundsätzlich für die ganze Schuld einzustehen habe; dagegen auch SIMON, 91 f. Zumindest keinen Anstoss an einer Bürgschaft des Kommanditärs für die Gesellschaft nahm schon BGE 27 II 577.

⁴ Vgl. z.B. SIEGWART, N.1 zu Art. 610/12 OR.

⁵ Vgl. dazu einleuchtend SIEGWART, N.4 zu Art. 568/69 OR. Kritik am Entwurf der neuen Vorschrift bei LARDELLI, 95 f.

⁶ Die Verbürgung der Gesellschaft für die Schulden eines Gesellschafters ist umgekehrt ebenso möglich und bedenkenlos zulässig. So auch HARTMANN, N.36 zu Art. 568 OR, SIMON, 92.

der Geltendmachung dieser Haftung ist gerade gegenüber der subsidiären Haftung des Kollektivgesellschafters, Komplementärs und Kommanditärs nach schweizerischem Recht in vielen Fällen wesentliches Hilfsmittel z.B. zur Erlangung von Bankkrediten. Interessanterweise ist die Bürgschaftsmöglichkeit indes sogar für das deutsche Recht gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung voll anerkannt,⁷ obwohl das HGB die unmittelbare Haftung der Gesellschafter, auch des Kommanditisten, kennt (§§ 128/171 HGB).⁸

II. Entstehung

Für die Begründung der Bürgschaft eines Gesellschafters sind die Formvorschriften der Art. 493/94 OR zu beachten. Die Einhaltung der Form ist im Hinblick auf die Interessen der Privatgläubiger des Kommanditärs besonders wichtig, weil sie durch eine solche zusätzliche Belastung des Kommanditärs nachteilig berührt werden und daher zum mindesten Klarheit über die bestehende Rechtslage erhalten sollen.⁹ Bei Vorliegen eines Formmangels kann die Abrede unter Umständen via Konversion als formlos gültiger Verzicht auf die Subsidiarität der Haftung gegenüber dem betreffenden Gläubiger gelten.¹⁰ Obwohl Art. 568 III OR nur die Solidarbürgschaft erwähnt,¹¹ wäre an sich auch eine einfache Bürgschaft zulässig.¹² Sie bietet aber gegenüber der Gesellschafterhaftung nur geringfügige Vorteile.¹³ Der Bürgschaftsvertrag hat daher die normalerweise gewollte Solidarität klar zum Ausdruck zu bringen (Art. 496 I OR).

Entgegen der Regelung für den Komplementär ist für den Kommanditär darüber hinaus grundsätzlich auch die Zustimmung des Ehegatten erforderlich, soweit die Ehe nicht durch richterliches Urteil getrennt ist.¹⁴

Die eine Schuld der KG verbürgende Ehefrau eines Komplementärs bedarf, auch wenn sie selbst Kommanditärin der betreffenden Gesellschaft

⁷ Vgl. BOHNENBERG, Anm. II zu § 171 HGB, gleich schon WIELAND, 639.

⁸ Vgl. vorst. § 11, II.

⁹ Vgl. SIEGWART, N.6 zu Art. 568/69 OR.

¹⁰ Vgl. vorst. § 11, V 1, s.a. SIEGWART, N.1 zu Art. 610/12, N.5 zu Art. 568/69 OR, HARTMANN, N.39 zu Art. 568 OR.

¹¹ Dazu nachst. III.

¹² So ausdrücklich HARTMANN, N.38 zu Art. 568 OR.

¹³ Vgl. dazu nachst. III, s.a. VON STEIGER, 546, N.58.

¹⁴ Vgl. Art. 494 I und II OR, letzterer e contrario.

ist, nach geltendem Recht unter Umständen zusätzlich der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde.¹⁵ Die Verbürgung gilt als zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft bzw. als Interzession gemäss Lehre und Gerichtspraxis dann, wenn das eigene Interesse der Frau demjenigen des Mannes völlig untergeordnet ist, d.h. der Ehemann in der Gesellschaft eine ausschlaggebende Rolle spielt, während sie nur mit einer geringen Einlage beteiligt bzw. mit einer geringen Summe dem Risiko ausgesetzt ist.¹⁶

III. Auswirkungen/Unterschiede zur Gesellschafterhaftung

Art. 568 III OR erwähnt ausschliesslich die Solidarbürgschaft. Nur sie beinhaltet eine primäre Leistungspflicht,¹⁷ während dem einfachen Bürgen nach wie vor die Einrede der Vorausklage (Art. 495 I OR) verbleibt, womit der Gläubiger im Regelfall¹⁸ gegenüber der gewöhnlichen Gesellschafterhaftung wenig gewonnen hätte. Die Eingehung einer Solidarbürgschaft seitens des Gesellschafters bedeutet somit für den Gläubiger jedenfalls den Wegfall der Subsidiarität der Haftung bzw. der mangelnden Belangbarkeit des Gesellschafters.

Gegenüber einem Kommanditär bietet eine solidare Verbürgung darüber hinaus den Wegfall der Begrenzung seines Haftungsumfanges durch die Kommanditsumme, unter Umständen somit eine summenmässige Erweiterung seiner Haftung.¹⁹ Beschränkt ist die Bürgschaftshaftung aber ihrerseits auf den zahlenmässig bestimmten Höchstbetrag, einem essentielle der Bürgschaftsabrede (Art. 493 OR).

¹⁵ Art. 494 IV OR, Art. 177 III ZGB, welche unter jedem Güterstand gelten. Diese entwürdigende Situation wird sich mit Inkrafttreten des neuen Eherechts ändern, vgl. BG vom 5. Okt. 1984, voraussichtliches Inkrafttreten: 1. Jan. 1988. Jegliche Notwendigkeit einer Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde entfällt fürderhin; Art. 944 IV OR wird ersatzlos gestrichen.

¹⁶ Vgl. SIEGWART, N.1 zu Art. 610/12, N.1 zu Art. 568/69 OR mit weiteren Zitaten; ZR 22(1923)235, BGE 40 II 321 aber auch 51 II 27, ZR 21(1922)229.

¹⁷ So statt vieler GUHL/MERZ/KUMMER, 528.

¹⁸ Ausnahme z.B., wenn der Hauptschuldner in der Schweiz nicht mehr belangt werden kann, oder wegen Verlegung seines Wohnsitzes ins Ausland eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung eingetreten ist, vgl. Art. 495 I OR; s.a. HARTMANN, N.38 zu Art. 568 OR.

¹⁹ Vgl. SIEGWART, N.4 zu Art. 568/69; unzutreffend LARDELLI, 95, 2. Sp., der nur diese beiden Unterschiede zwischen Bürgschafts- und Kommanditärhaftung wahrhaben will.

Die Beschränkung der Gesellschafterhaftung bezieht sich auf alle Gesellschaftsschulden. Leistungen, welche die Einlage und damit das Gesellschaftsvermögen mehren, sind dem Kommanditär auf den Haftungsbetrag anrechenbar.²⁰

Die Beschränkung der Bürgschaftshaftung bezieht sich hingegen ausschliesslich auf die konkret verbürgte Schuld.²¹ Der verbürgte Betrag kommt im übrigen dem betreffenden Gläubiger vollumfänglich zu. Das heisst der Kommanditär kann sich nicht etwa durch Hinweis auf intern allfällig bereits geleistete Einlagen befreien.²² Der Betrag kommt dem Gläubiger aber auch ausschliesslich, d.h. unabhängig von der Befriedigung der übrigen Gläubiger, zugute.

Die Bezahlung einer Gesellschaftsschuld aufgrund der Inanspruchnahme aus Bürgschaftsrecht²³ befreit den Kommanditär umgekehrt grundsätzlich nicht von seiner Gesellschafterhaftung. Anders – indirekt – nur, sofern der Kommanditär den ihm aufgrund der bezahlten Gesellschaftsschuld zustehenden Regressanspruch²⁴ mit einer allfällig noch rückständigen Einlageverpflichtung verrechnet.²⁵ Der Kommanditär hat durch Abschluss der Bürgschaft grundsätzlich eine klare Mehrleistung übernommen.²⁶

Entsprechend der dargelegten Ausgestaltung der (Solidar-) Bürgschaftshaftung muss sich der Gläubiger nicht dem komplizierten Prozedere der Geltendmachung der beschränkten Gesellschafterhaftung im Sinne des Gesellschaftsrechts unterziehen.²⁷ Er braucht die Auflösung der

²⁰ Vgl. vorst. § 11, VIII 1 und 2.

²¹ In allen übrigen, von der konkreten Bürgschaft nicht berührten Belangen behält der Kommanditär seine Rechtsstellung als Kommanditär vollumfänglich, so auch VON STEIGER, 547. D.h. er haftet gegenüber allen übrigen Gesellschaftsgläubigern nach Gesellschaftsrecht weiter und bleibt auch nach innen bezüglich jeglicher Regressansprüche – auch aus Bürgschaftshaftung – klar dem Gesellschaftsrecht unterstellt, s. ausdrücklich Art. 507 III OR; vgl. VON STEIGER, 548, SIEGWART, N.9 zu Art. 568/69 OR, HARTMANN, N.45 zu Art. 568 OR.

²² Vgl. vorst. § 11, VIII 2, HASEMEYER, 67.

²³ Ev. ist im konkreten Fall abzuklären, ob ein bestimmter Gesellschaftsgläubiger den Kommanditär aufgrund der Bürgschaft oder aufgrund der Gesellschafterhaftung in Anspruch nehmen will, s. dazu auch HASEMEYER, 53, 67.

²⁴ Art. 507 III OR; vgl. vorst. Fn.21, i.V. mit vorst. § 11, VIII 3.2.

²⁵ Wie bei der unbeschränkten Haftung, vgl. vorst. § 12, III, § 11, VIII 3.2.

²⁶ Vgl. HARTMANN, N.16 zu Art. 608 OR, WIELAND, 746, Anm. 28 a.E., etwas abgeschwächt SIEGWART, N.1 zu Art. 610/12 OR, BGE 52 II 362; a.M. für das deutsche Recht offenbar BOHNERBERG, Anm. II zu § 171 HGB, SCHILLING, Anm. 22 zu § 171 HGB. (Hiebei ist wieder an die unmittelbare Haftung des deutschen Rechts zu erinnern). Kritik und Annahme einer selbständigen zusätzlichen Schuldverpflichtung bei KONIETZKO, 97 f.

²⁷ Vgl. vorst. § 11, IX 1 und 2.2.

Gesellschaft nicht abzuwarten und unterliegt auch nicht dem Prinzip der gleichmässigen Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger. Vielmehr kann er, sobald die in Art. 496 I OR erwähnten Voraussetzungen²⁸ erfüllt sind, direkt und selbständig gegen den Kommanditär vorgehen und Erfüllung der Verpflichtungen an sich selbst fordern. Er riskiert die für die Belangung aus Gesellschafterhaftung sehr wichtige Einrede der Haftungsbefreiung keinesfalls. Die bürgschaftsspezifische Einrede, dass die Schuld durch Faustpfand- und Forderungsrechte gesichert sei, kann vertraglich wegbedungen werden, und dringt auch in weiteren vom Gesetz erwähnten Fällen nicht durch.²⁹

Für die Gläubiger entstehen des weiteren grundsätzlich namhafte Vorteile im Rahmen der Zwangsvollstreckung. Sind z.B. Komplementär und Gesellschaft im Konkurs,³⁰ können sie ihre Forderungen in beiden Konkursen voll anmelden, sind also nicht auf den Ausfall angewiesen.³¹ Dies gilt allerdings für den Kommanditär bereits aufgrund seiner Gesellschafterhaftung. Art. 218 I SchKG ist auf ihn nicht anwendbar.³² Entgegen sonstiger Gesellschafterhaftung kann jedoch der Kommanditär als Bürge nicht belangt werden, wenn zwar der Konkurs der Gesellschaft eingetreten ist, die betreffende Gesellschaftsschuld aber noch nicht *fällig* wäre (vgl. Art. 501 I OR).

Hat die Gesellschaft einen Nachlassvertrag abgeschlossen, so entlastet dieser zwar in der Regel³³ den Kommanditär als Gesellschafter,³⁴ nicht aber den Kommanditär als Bürgen, soweit der Gläubiger die in Art. 303 SchKG erwähnten Bedingungen erfüllt hat.³⁵ Auch insofern ist die in Art. 492 OR festgehaltene Akzessorietät der Bürgschaftshaftung durchbrochen.³⁶

Ein wesentlicher Vorteil besteht für den Gesellschaftsgläubiger schliesslich darin, dass sich der Kommanditärbürge ihm gegenüber nicht auf die

²⁸ Rückstand in der Leistung des Schuldners plus Mahnung, oder offenkundige Zahlungsunfähigkeit.

²⁹ Voraussichtlich keine Deckung daraus, Konkurs oder Nachlassstundung der Gesellschaft, vgl. Art. 496 II OR.

³⁰ Was für den Kommanditär allerdings die Ausnahme bedeutet, s. vorst. § 11, IX 1.2.

³¹ Art. 216 SchKG, SIEGWART, N.6 zu Art. 568 OR, WIELAND, 639 – entgegen Art. 218 SchKG: HARTMANN, N.46 zu Art. 568 OR.

³² Vgl. vorst. § 11, IX 2.1 (a.E.).

³³ Vgl. vorst. § 11, V 4, Fn.124.

³⁴ Vgl. vorst. § 11, IX 2.4.1, Fn.123.

³⁵ Vgl. VON STEIGER, 547, HARTMANN, N.46 zu Art. 568, N.9 zu Art. 610 OR; SIEGWART, N.6 und N.24 zu Art. 568/69 OR.

³⁶ Vgl. für die Unterschiede in den Begriffen Akzessorietät betr. Gesellschafter- und Bürgenhaftung kurz vorst. § 11, V 4, sowie VON STEIGER, 543 f., VON WYSS, 56 ff., 62, s.a. nachst. im Text.

fünfjährige Verjährungsfrist ab Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft bzw. des Ausscheidens des Gesellschafters im Sinne von Art. 591 OR berufen kann, sondern die ordentliche, meist zehnjährige Verjährungsfrist ab Fälligkeit der Schuld gegen sich gelten lassen muss.³⁷ Ist die Gesellschaft jedoch durch Geschäftsübernahme aufgelöst, oder ist eine Geschäftsübertragung im Rahmen der Liquidation vollzogen worden, so haftet auch der Kommanditärbürge nur noch zwei Jahre weiter, es sei denn, ein Gesellschafter habe das Geschäft übernommen oder er als Bürge habe der Übernahme zugestimmt.³⁸

Inhaltlich allerdings deckt die Bürgschaft im Gegensatz zur Haftung des Gesellschafters³⁹ nicht jegliche Erweiterung der Gesellschaftsschuld, sondern nur das Erfüllungsinteresse (Art. 492 I OR), d.h. ohne gegenteilige Abmachung nicht das negative Vertragsinteresse bzw. eine Konventionalstrafe (Art. 499 II Ziff. 1),⁴⁰ sowie nur gesetzliche (Verzug, Verschulden), nicht aber rechtsgeschäftliche Erweiterungen der Hauptschuld.⁴¹

Die Akzessorietät der Bürgschaftshaftung hat zwar ebenfalls zur Folge, dass der Gesellschafterbürge sämtliche der Gesellschaft zustehenden Einreden erheben muss, falls er seines Rückgriffsrechts gegenüber dem Hauptschuldner, d.h. gegenüber der Gesellschaft, nicht verlustig gehen will (Art. 501 II und III OR).⁴² Im umgekehrten Sinne jedoch bleibt die Akzessorietät der Bürgschaftshaftung – im Gegensatz zur Gesellschafterhaftung – beschränkt.⁴³ Verzichtet daher die Gesellschaft auf eine ihr zustehende Einrede, kann sie der Bürge gemäss ausdrücklicher Gesetzesvorschrift trotzdem noch geltend machen (Art. 502 II OR).⁴⁴ Entsprechend hat ein gegenüber der Gesellschaft ergangenes Urteil – inklusive allfälliger Klageanerkennung – nicht nur eine gewisse,⁴⁵ sondern keinerlei materielle Rechtskraft.⁴⁶ Der Grundgedanke ist unverkennbar: Der Hauptschuldner

³⁷ Vgl. HARTMANN, N.44 zu Art. 568 OR, SIEGWART, N.7 zu Art. 568/69 OR, VON STEIGER, 547; a.A. REICHEL, Verbürgung, 267, 268, 2.Sp.

³⁸ So SIEGWART, N.6 zu Art. 591/93 OR, REICHEL, a.a.O.; BGE 63 I 16.

³⁹ Vgl. vorst. § 11, V 4.

⁴⁰ Vgl. die weiteren Begrenzungen daselbst in Ziff. 2 und 3 des erwähnten Artikels.

⁴¹ Vgl. VON STEIGER, 543 f., 547, HARTMANN, N.42 zu Art. 568 OR, Siegwart, N.8 zu Art. 568/69 OR, WIELAND, 632, Anm. 10, REICHEL, Verbürgung, 268, 1.Sp.

⁴² Allenfalls verbleibt die Bereicherungsklage, Art. 62 ff. OR, vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, 541; für die Haftung aus Gesellschafterstellung vgl. vorst. § 11, IX 2.4.1.

⁴³ Zur Beschränkung der Akzessorietät im Zusammenhang mit dem von der Gesellschaft abgeschlossenen Nachlassvertrag vgl. vorst. bei Fn.34.

⁴⁴ Vgl. auch Art. 121, 141 III OR; VON STEIGER, 544, HARTMANN, N.30 zu Art. 568 OR, VON WYSS, 80 ff.

⁴⁵ Beschränkt ist sie im Hinblick auf die Vollstreckung, vgl. vorst. § 11, IX 2.4.1.

⁴⁶ Vgl. WIELAND, 632, Anm. 10.

soll nicht die Rechtsstellung des Bürgen – z.B. durch Abreden mit den Gläubigern – beeinträchtigen können.⁴⁷ Eines solchen besonderen Schutzes bedarf der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft zufolge der gleichlaufenden Interessen nicht. Es ist daher nicht weiter erstaunlich, dass die Akzessorietät der beiden Haftungen in unterschiedlicher Weise ausgestaltet werden musste.

⁴⁷ Vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, 534.

Schlusswort / Vorschläge de lege ferenda

Wie im Verlaufe der vorstehenden Ausführungen mehrfach deutlich wurde, bedürfte an sich in erster Line das Gesetz im Gebiet der Kommanditgesellschaft einer gründlichen Revision. Es wären hiebei missverständliche, unklare oder auch schlicht falsche Gesetzesbestimmungen zu eliminieren bzw. abzuändern oder angemessen zu ergänzen.

Die Revision betreffe insbesondere folgende Artikel:

Art. 594 I OR a.E.: Ersatzlose Aufhebung des Begriffs der Kommanditeinlage und damit der Gleichstellung von Kommanditeinlage und Kommanditsumme, also z.B.:

...als Kommanditäre nur bis zur Höhe eines bestimmten Betrages, der Kommanditsumme, haften.

Art. 596 III OR: Ersatz des Begriffs der Kommanditsumme durch die Kommanditeinlage, also z.B.:

Soll die Kommanditeinlage ganz oder teilweise in Form einer Sacheinlage geleistet werden, ist letztere in der Anmeldung...

Art. 601 I OR insbesondere bedarf der Entwirrung und Präzisierung. Dabei wäre m.E. die Aufteilung in verschiedene Artikel unumgänglich. Vorschlag:

Art. 601 OR: (Marginale neu; Umstellung von Abs. 1 und 2)
Anteil am Gewinn und
Verlust, endgültige
Verlusttragung

Abs. 1: Fehlt es an Vereinbarungen über den Anteil des Kommanditärs am Gewinn und am Verlust, so entscheidet darüber der Richter nach freiem Ermessen.

Abs. 2: Am endgültigen Verlust nimmt der Kommanditär höchstens bis zum Betrage der vereinbarten Kommanditeinlage teil.

Art. 601a OR: (neu)

Zinsanspruch

Der Kommanditär hat Anspruch auf eine Zinsgutschrift von 4% für seinen anfangs des Jahres festgestellten Kapitalanteil. Dieser gesetzliche, bzw. ein vertraglich abweichend vereinbarter Zinsbetrag gilt als Gesellschaftsschuld.

Art. 601b OR: (neu)

Recht zum Stehenlassen
von Gewinnanteilen,
Zinsen und Honoraren
(Bezugspflicht)

Gewinnanteile, Zinsen und Honorare dürfen dem Kapitalanteil des Kommanditärs nur solange zugeschieden werden, als dieser nicht den Betrag der vereinbarten Kommanditeinlage erreicht.

Art. 601c OR: (neu)

Bezugsrecht bzw. Verpflichtung
zum Stehenlassen von
Gewinnanteilen und Zinsen

Dem Kommanditär ist der Bezug der gesetzlichen oder vertraglichen Zinsen und Gewinnanteile verwehrt, solange sein Kapitalanteil durch Verluste unter den auf die vereinbarte Kommanditeinlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch den Bezug unter diesen Betrag herabgemindert würde.

Art. 610 und Art. 611 OR sodann bedürfen ebenfalls einer gründlichen Bereinigung. Vorschlag:

Art. 610 OR: (neues Marginale, Abs. 2 teilweise neu)

Vollzug der Haftung (röm.Ziff.)

1. Belangbarkeit,
Aktivlegitimation,
Inhalt der Klage

Abs. 1: Während der Dauer der Gesellschaft haben die Gesellschaftsgläubiger kein Klagerecht gegen den Kommanditär.

Abs. 2: Wird die Gesellschaft aufgelöst, können die Gläubiger oder die Liquidatoren, bzw. die Konkursverwaltung oder die Abtretungsgläubiger verlangen, dass ein der Kommanditsumme entsprechender Betrag in die Liquidations- oder Konkursmasse eingeworfen werde.

Art. 610a OR: (neu)

2. Haftungsbefreiung

Abs. 1: Der Kommanditär befreit sich von der Haftung, wenn er nachweist, dass und inwieweit er einen der Kommanditsumme entsprechenden Betrag in Form der Kommanditeinlage geleistet habe.

Abs. 2: Haftungsbefreiend wirkt auch ein Stehenlassen von Gewinnanteilen, Zinsen und Honorar als Einlage.

Art. 611 OR: (teilweise neu)

3. Aufleben der Haftung

Abs. 1: Die Haftung lebt auf, insoweit die haftungsbefreiende Leistung dem Kommanditär zurückerstattet worden ist.

Abs. 2: Rückerstattungen werden gleichgestellt Bezüge von Zinsen und Gewinn, während der Kapitalanteil des Kommanditärs durch Verluste unter den auf die

vereinbarte Kommanditeinlage geleisteten Betrag herabgemindert war oder durch den Bezug unter den bezeichneten Betrag herabgemindert würde.

Abs. 3: Davon ausgenommen bleiben Gewinnanteile und Zinsen, die der Kommanditär in gutem Glauben, gestützt auf eine ordnungsmässige Bilanz, bezogen hatte.

Art. 609 OR: Streichung von:

...oder durch Bezüge...

Art. 614 I OR: ergänzen:

...Dasselbe gilt für den Kommanditär gegenüber den Gläubigern.

Art. 616 II OR: Klarheit bezüglich überschüssender Einlage:

Was der Kommanditär auf Rechnung seiner Kommanditsumme an die Gesellschaft geleistet hat, einschliesslich einer den Betrag der Kommanditsumme überschüssenden Kommanditeinlage, kann er nicht als Forderung anmelden.

Art. 619 II OR: Klare Festlegung der positiven Folge des Ausscheidens des Kommanditärs durch Tod, also z.B. zusätzlichen Absatz anzufügen:

Abs. 3: Den Kommanditärerben steht ein Abfindungsanspruch in der Höhe des wirklichen Wertes des Anteils des Kommanditärs am Gesellschaftsvermögen zu.

Das Bedürfnis für eine Revision wird jedoch realistisch betrachtet zu wenig verbreitet, entsprechend der Schwung zur Anhandnahme einer solchen immerhin recht anspruchsvollen Arbeit nicht überwältigend gross sein.

So verbleibt als Minus die Hoffnung, dass aufgrund der vorliegenden Arbeit die eine oder andere Unklarheit herausgeschält und einleuchtende

Auslegungs- bzw. vertretbare Lückenfüllungsmöglichkeiten aufgezeigt werden konnten, welche auch das Leben mit der «lex lata» erträglich erscheinen lassen.

Insbesondere dürfte klar geworden sein, welche Gebiete speziell der gründlichen *vertraglichen Regelung* bedürfen. Es betrifft dies im Sinne einer *Wiederholung und Zusammenfassung*:

- den Grundsatz und Umfang der Beitragspflicht, in klarer Unabhängigkeit von der Haftsumme,
- den Umfang der Haftsumme,
- die Bestätigung des grundsätzlichen Zinsanspruchs, allenfalls die Festlegung einer vom Gesetz abweichenden Höhe,
- die Aufteilung des Gewinns,
- die Möglichkeiten des Bezuges von Zinsen und Gewinn, insbesondere nach Verlusten,
- die Begrenzung oder allfällige völlige Befreiung von der Verlusttragung,
- die Austrittsmöglichkeiten und die Berechnung des Abfindungsanspruchs beim Ausscheiden zu Lebzeiten oder durch Tod,
- insbesondere die Regelung der Übertragung der Mitgliedschaft unter Lebenden und allenfalls, sofern gewünscht, für den Fall des Todes des Kommanditärs.

Bezüglich der letztgenannten wesentlichen Probleme einer Personengesellschaft hat die Lehre – wie bereits im Text erwähnt – schon sein längerer Zeit Lösungen entworfen, welche in der Praxis weitgehend problemlos gehandhabt werden.

Einer Aufwertung und Wiederbelebung der KG als Gesellschaftsform stünde also im Grunde genommen nichts mehr im Wege!

Lebenslauf

Geboren 1938 in Zürich. Primarschule und Gymnasium daselbst. Studium der Rechtswissenschaft in Genf und Zürich. Lizentiat 1962 an der Universität Zürich. Anschliessend verschiedene juristische Tätigkeiten, darunter zehn Jahre als Mitarbeiterin in einem Zürcher Anwaltsbüro. Anwaltspatent des Kantons Zürich im Jahre 1978. Doktorat 1987 an der Universität Zürich. Selbständige Anwaltstätigkeit ab Frühling 1987 in Baden.

